

# **TEORÍA Y PRAXIS EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES**

por JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



## SUMARIO

### I. DE LA PRIMITIVA *LEX MERCATORIA* A LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

#### 1. El Derecho mercantil estatutario medieval

#### 2. La nacionalización del Derecho mercantil

- A) IRRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA
- B) EL MOVIMIENTO CODIFICADOR Y LAS LEYES MERCANTILES
- C) LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA

#### 3. Crisis del *corpus* normativo tradicional

- A) ELEMENTOS DETERMINANTES DEL CAMBIO
- B) PROPAGACIÓN DE LEYES ESPECIALES
- C) VALORACIÓN SECTORIAL

### II. SOBRE LA MODERNA *LEX MERCATORIA*

#### 1. Retorno al internacionalismo

- A) APARICIÓN DE UN ESPACIO TRANSNACIONAL
- B) DEBATE EN TORNO A LA *LEX MERCATORIA*

#### 2. Elementos determinantes de la nueva *lex mercatoria*

#### 3. Instrumentos de la práctica

- A) CODIFICACIÓN DE LAS REGLAS Y USOS BANCARIOS: LA LABOR DE LA CCI
- B) CONTRATOS-TIPO
- C) CLÁUSULAS TIPO: LOS «INCOTERMS»
- D) LAS CLÁUSULAS DE INCORPORACIÓN POR REFERENCIA EN LOS CONTRATOS DE EMBARQUE

### III. BÚSQUEDA DE LA UNIFORMIDAD A PARTIR DE TÉCNICAS SUBSUNTIVISTAS DE INSPIRACIÓN INTERNACIONAL

1. **Codificación internacional y unificación jurídica**
2. **Tendencia a la armonización internacional: hacia un Derecho mercantil plurinacional**
  - A) MÉTODOS EN PRESENCIA
  - B) TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN
3. **Ámbito del *soft law* en el Derecho de los negocios internacionales**
  - A) FLEXIBILIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA
  - B) LEYES MODELO
  - C) CÓDIGOS DE CONDUCTA
  - D) GUÍAS LEGISLATIVAS
4. **Interacción de métodos**
  - A) UNIFICACIÓN DEL DERECHO CAMBIARIO
  - B) TRANSPORTE MULTIMODAL

### IV. MANIFESTACIONES DE LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

1. **Labor y resultados de las Conferencias internacionales**
  - A) REFERENCIA AL DERECHO UNIONISTA EN EL MARCO DE LAS PROPIEDADES ESPECIALES
  - B) QUEHACER DE LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS INTERNACIONALES
  - C) UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRANSPORTES INTERNACIONALES
2. **El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (Unidroit)**
  - A) ANTECEDENTES Y MÉTODO DE TRABAJO
  - B) REALIZACIONES
  - C) LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES
3. **La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral)**
  - A) ANTECEDENTES Y MÉTODO DE TRABAJO
  - B) LABOR LLEVADA A CABO POR LA UNCITRAL

### V. UNIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN LA UNIÓN EUROPEA

1. **Alternativas y técnicas de unificación**
2. **Estudio sectorial de (algunas) realizaciones**
  - A) COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS
  - B) ORDENACIÓN DEL MERCADO
  - C) DERECHO DE SOCIEDADES: LA SOCIEDAD EUROPEA
  - D) PROPIEDAD INDUSTRIAL
  - E) CONSUMIDORES
  - F) PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

## VI. CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES EN EL MARCO DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. **Papel de las normas de conflicto clásicas en la solución de los problemas del tráfico mercantil internacional**
2. **Alcance y problemas de la codificación internacional**
  - A) UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NORMAS DEL DERECHO APLICABLE A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES
  - B) CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
  - C) CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP)
3. **Alcance y problemas de la codificación interna en el sistema español**
  - A) DEBATE EN TORNO A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN ESPAÑA
  - B) INCIDENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
  - C) NORMAS REGULADORAS DEL TRÁFICO MERCANTIL INTERNACIONAL EN LAS LEYES ESPECIALES
  - D) PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS CLÁUSULAS DE REMISIÓN A LOS TRATADOS INTERNACIONALES



## I. DE LA PRIMITIVA *LEX MERCATORIA* A LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

### 1. El Derecho mercantil estatutario medieval

1. Resulta un lugar común afirmar que el proceso codificador del denominado «Derecho mercantil internacional» o «Derecho de los negocios internacionales» (en una expresión que se está abriendo camino en la actualidad como superadora de la pretérita concepción objetiva basada en la noción de «acto de comercio» que pone el acento en el «tráfico económico internacional») es heredero del *ius mercatorum* elaborado en el seno de la sociedad de comerciantes medieval. El fenómeno es, sin embargo, más antiguo. No en vano desde la antigüedad los comerciantes manifestaron una tendencia inequívoca a crear instituciones y reglas específicas a sus actividades al margen del Derecho común, a dotarse de normas que facilitasen la rapidez de las transacciones, que no estuvieran condicionadas por el formalismo, que flexibilizaran el crédito y que estableciesen un sistema de garantías a la hora de ejecución de las obligaciones. Mas el sistema sólo adquiere carta de naturaleza en la Edad Media.

Las expresiones *lex mercatoria* o *ius mercatorum* que ordinariamente se utilizan para designar lo que se ha venido en llamar Derecho espontáneo del comercio internacional son términos de significado impreciso, pues en ellos se engloban distintos componentes jurídicos, hallándonos ante una noción histórica, cuya tradición es, cuando menos, igual a la que sirviera de base al Derecho internacional privado: el conflicto de estatutos. Cuando a partir del siglo XIII se forma un concepto autónomo del Derecho internacional privado, por obra de los Glosadores primero y más tarde de los Comentaristas, la nueva dimensión jurídica de los «conflictos de estatutos» coexiste con dos ordenamientos jurídicos que también ordenan, en aquel período histórico, las relaciones privadas internacionales. El canónico, que regulaba los problemas relativos a la validez del matrimonio, por ser un sistema jurídico universal en

el occidente europeo<sup>1</sup> y, a su lado, la *lex mercatoria*, que resolvía las cuestiones propias del comercio internacional, pues la práctica de las grandes ferias había dado lugar a un Derecho de carácter universal aplicable a las relaciones mercantiles y nacido de los usos comunes de los participantes en el comercio internacional<sup>2</sup>. Al efecto surgieron normas similares de Ciudad a Ciudad que dieron origen a un Derecho formado por costumbres y prácticas de una clase social, la de los comerciantes, que existía en todas las Ciudades, con la misma mentalidad y necesidades. Un Derecho que era, por consiguiente, uniforme para todos los comerciantes de distintas Ciudades<sup>3</sup> al margen de ciertas diferencias locales muy concretas, y que tuvo una incidencia en toda la Cristianidad, desde las Ciudades portuarias del Mediterráneo, al mar Báltico, pasando por la costa atlántica, incluyendo Inglaterra (*anglice Law Merchant*).

2. Se suele apuntar entre los factores determinantes de este último ordenamiento, al mismo tiempo de la intensificación de las relaciones de comercio entre los pueblos, la insuficiencia de los ordenamientos vigentes en aquella época. Dicho de otro modo, el Derecho canónico, el romano-justiniano<sup>4</sup> y el germánico, no se adaptaban a las necesidades mercantiles y por eso los comerciantes fueron construyendo un ordenamiento adecuado a sus necesidades a partir de normas de carácter corporativo<sup>5</sup>, adoptadas en el seno de los gremios de comerciantes; dichas normas se desarrollaron en el tiempo paralelamente a las decisiones de los denominados «tribunales consulares», coetáneos a las incipientes agrupaciones mercantiles, a quienes correspondía en este periodo la resolución de los litigios que se suscitaban entre sus agremiados<sup>6</sup>. Las controversias eran resueltas por los cónsules, con recursos ante supercónsules y, en algunos casos, ante la Asamblea, a través de un procedimiento ágil, ampliamente informal y de vista oral con un sistema de ejecución inmediata. Pero lo más notable es que todos eran comerciantes no versados en Derecho que para resolver las controversias aplicaban los usos y costumbres formados en la práctica del comercio. Los dirimientes solían resolver en equidad a partir de las circunstancias del caso concreto (*secundum negotii veritatem*) y sus fallos gozaban de general aceptación en el colectivo<sup>7</sup>. Es el germen de un Derecho especial construido, a partir de la

<sup>1</sup> H.J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

<sup>2</sup> A. Bercovitz, «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», *Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, t. I, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 1 ss.

<sup>3</sup> Vid. H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. 333 ss.

<sup>4</sup> Salvo ciertas instituciones de Derecho marítimo como la *Lex Rhodia de iactu* respecto de la avería gruesa o el *foenus nauticum* en relación con el préstamo marítimo (T.E. Scrutton, «Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty and Lex Merchant», *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, 1907, pp. 237 ss.).

<sup>5</sup> L. Fernández de La Gándara y A.L. Calvo Caravaca, *Derecho mercantil internacional*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 31.

<sup>6</sup> Cf. W. Tetley, «Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (Codified and Uncodified)», *Rev. dr. unif.*, 1999, p. 885.

<sup>7</sup> Vid. E. Gacto Fernández, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, 1971; C. Petit, «Arreglo de consulados y revolución burguesa: en los orígenes



consecución de una serie de circunstancias peculiares, por los propios comerciantes y para los comerciantes, al margen de la soberanía estatal y caracterizado por la desvinculación del poder político que no sólo se proyectaba en el ámbito de la producción normativa, sino también en el del arreglo de las eventuales controversias que pudiesen surgir entre ellos<sup>8</sup>. Un Derecho especial de carácter estatutario, procedente de las costumbres, elaborado por comerciantes agremiados y aplicado por los tribunales especiales<sup>9</sup>. Estas normas constituyen la llamada *lex mercatoria*.

3. También resulta un lugar común la afirmación de que los antecedentes del Derecho mercantil se encuentran precisamente en estos Estatutos medievales, vinculados a una estructura gremial propia de la sociedad medieval<sup>10</sup>. Y en este contexto es obligada la referencia a la organización política de las «Ciudades-Estado» italianas, de las Ciudades hanseáticas o de las Ciudades españolas del Mediterráneo. Ello explica el nacimiento de unas reglas peculiares aplicables a los comerciantes y a su tráfico: la regulación jurídica de letra de cambio, de los negocios bancarios, de la quiebra, de los distintos institutos de la navegación marítima y un largo etcétera, que encuentran su fuente originaria en las normas estatutarias de la Edad Media, que posteriormente serían compiladas en diversas Ciudades, centrándose las compilaciones más conocidas en el ámbito del Derecho marítimo<sup>11</sup>. Cabe hablar de esta suerte de un «Derecho mercantil estatutario» de carácter especial y separado del común, por oposición a la unidad del anterior sistema romano; un Derecho de clase o profesional que regía exclusivamente para los comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación gremial. De ahí su fisonomía eminentemente subjetiva, pues el alcance de su aplicación estaba determinada por la calidad del sujeto en tanto comerciante. Mas esa nota de subjetividad no era exclusiva: el estatuto y la competencia de los tribunales especiales alcanzaba a los comerciantes inscritos en la corpora-

---

nes del moderno Derecho mercantil español», *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 11, 1984; pp. 255-312. *Vid.*, asimismo, S.M. Coronas González, «La evolución de la jurisdicción consular en la Corona de Castilla durante el Antiguo Régimen», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 3-20. En la doctrina extranjera destaca la obra dirigida por V. Piergiovanni, *The Courts and the Development of Commercial Law*, 1987, esp. pp. 11 ss.

<sup>8</sup> J.C. Fernández Rozas, «El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización», *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, n.º 5, 2000, pp. 161-230.

<sup>9</sup> C. Petit, «Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos», *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales* (P. Grossi, ed.), Milán, Giuffrè, 1990, I, pp. 315-500.

<sup>10</sup> J. Girón Tena, «El concepto de Derecho mercantil: Desenvolvimiento histórico y Derecho comparado», *ADC*, 1954, pp. 695-808.

<sup>11</sup> Podemos mencionar, entre otras, los *Rôles d'Oléron* redactados hacia el siglo XI, que contienen los usos de las costas del Océano Atlántico; *El Libro del Consulado del Mar* en el siglo XIV, redactado en Catalán y publicado en Barcelona, que agrupa usos y costumbres de la navegación mediterránea con vigencia en el Golfo de Vizcaya (R. Noguera Guzmán, «El Libro del Consulado del Mar», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goitisolo*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 529-540). Por su parte, los reglamentos de Wisby regulaban el comercio en el Mar Báltico y sirvieron de base para las futuras legislaciones de Dinamarca y Suecia. También, interesa mencionar las tablas de Amalfi y las Ordenanzas Marítimas del Hansa Teutónica, que regía en las Ciudades de la llamado Liga Hanseática, compuesta de las Ciudades de Lubeck, Brunswick, Dantzing y Colonia. Y, en el ámbito anglosajón el *Little Red Book of Bristol* de 1280.

ción pero solamente cuando hubiera controversias causadas por su actividad comercial. De suerte que el estatuto del gremio de los comerciantes se aplicaba en función de la calidad de los litigantes y de la vinculación del objeto controvertido con su actividad comercial; el primero era el rasgo dominante, el segundo era circunstancial<sup>12</sup>. Ello se acomodaba, además, con los propios intereses de los comerciantes que evitaban así la lentitud y la inseguridad inherentes al régimen procesal común. Por eso se reforzaban las organizaciones corporativas que utilizaban como dirimientes a sus miembros que, a su vez, empleaban normas procesales especiales a las circunstancias.

4. Aunque en sus orígenes la *lex mercatoria* tuvo alcance limitado, con posterioridad se va extendiendo como una mancha de aceite, circunstancia a lo que no fue en modo alguno ajena la confianza que los comerciantes depositaban en los tribunales consulares. La primera propagación se dio cuando el Derecho especial y la jurisdicción consular se aplicó a personas ajenas a la corporación que hubieren celebrado un negocio con un agremiado; se empleaba, entonces, no sólo cuando el agremiado era demandado por un extraño sino, también, cuando era éste el demandado. La segunda difusión se produjo cuando se aplicó el Derecho mercantil a aquellas personas que sin estar inscritas en la corporación, como, por ejemplo, los clérigos, nobles o militares, ejercían de hecho el comercio, considerándoseles, por una ficción, como comerciantes a los efectos de aplicarles el Estatuto y de juzgarlos por los cónsules de la corporación. A partir de aquí el modelo fue evolucionando con el tránsito de un principio subjetivo a otro que ponía el acento en la realización de negocios mercantiles.

Ese Derecho mercantil medieval se caracterizó, asimismo, por su jaez interlocal adquirido con ocasión de las ferias y, también, con relación al comercio y la navegación marítima, que se desarrollaron extraordinariamente en la Baja Edad Media. El Derecho comercial más importante fue el interlocal nacido y aplicado en las Ferias, destinado a aquellos vínculos de comerciantes de mayor envergadura económica. Allí nació y se desarrollaron la letra de cambio, que permitió evitar el transporte de dinero, y los negocios bancarios. Por eso se formaron dos Derechos mercantiles: el regulador del comercio local y el interlocal.

5. De aquí se infiere en nuevo lugar común aceptado por la doctrina que afirma que si el Derecho mercantil fuese hoy lo que ha sido en su origen, el deseo de unificar no tendría sentido porque era un Derecho universal y, por ende, internacional<sup>13</sup>. En la Edad Media la desintegración del poder político siguiente a la caída del Imperio Romano de Occidente, favoreció la creación de usos mercantiles uniformes entre los comerciantes de diversos países<sup>14</sup>. Y estos usos, a

<sup>12</sup> L. Figa Faura, «Los civilistas y la evolución histórica del Derecho mercantil», *ADC*, 1984, pp. 369 ss.

<sup>13</sup> M. Olivencia, *Nacionalidad e internacionalidad del Derecho mercantil*, (Discurso leído el 16 de mayo de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia), Sevilla, RASJ, 1993, p. 12 ss.

<sup>14</sup> H. Pirenne, «Le *ius mercatorum* au Moyen Age», *Revue historique du droit français et étranger*, 4/5, 1926, pp. 564 ss.; *id.*, *Historia económica y social de la Edad Media*, 10.ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1970, pp. 45 ss.

los que se llamó «ley» (*lex mercatoria*) eran usos internacionales porque internacionales eran también los negocios a que se referían; así ocurría con la letra de cambio, nacida en las ferias internacionales como herramienta para hacer pagos en el extranjero; y lo propio acontecía con la *commenda*, que permitía a los comerciantes extender sus operaciones más allá de las fronteras, nombrando un comisionista en país extranjero<sup>15</sup>. En aquella época podía hablarse de un Derecho mercantil internacional constituido por usos generalizados entre los comerciantes nacionales y extranjeros.

El *ius mercatorum* nació en un momento en que aún no se había consolidado la fórmula política del Estado y existía en Europa un referente común (*ius commune*) incapaz de dar respuesta a las necesidades prácticas del comercio internacional<sup>16</sup>. Algo muy distinto de lo que acontece en la actual comunidad internacional, integrada en fórmulas políticas estatales y supraestatales, que ha tenido la virtud de insertar un elemento de organización, control e intervención impensable en aquellas épocas.

## 2. La nacionalización del Derecho mercantil

### A) IRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

6. Rebasado el período de las «Compañías de Indias», ya en el siglo XIX, las cualidades que ofrecían sociedades de responsabilidad limitada para atraer inversores fueron recogidas para facilitar la obtención de los capitales necesarios para llevar a cabo la Revolución Industrial. El desarrollo de las nuevas empresas exigía la diligente movilización de grandes sumas de capitales para lo cual resultaban ineficaces las formas de sociedades tradicionales. El hecho de que las sociedades de capital solamente pudiesen surgir como consecuencia de una concesión de la autoridad tropezaba frontalmente con las necesidades económicas que se presentaban en el continente europeo en los primeros años del siglo XIX. Por eso, al tiempo que los Estados nacionales afirman su soberanía, comienza una nueva etapa con dos factores relevantes: la nacionalización del Derecho mercantil y la irrupción del principio de la responsabilidad limitada que en España se vincula muy directamente al Código de comercio de 1829<sup>17</sup>, aunque sus liberales orientaciones sufrirían un brusco frenazo para la libre iniciativa comercial con la Ley de Sociedades Anónimas de 1848<sup>18</sup>. La limitación de la responsa-

<sup>15</sup> B. Aguilera Barchet, *Historia de la letra de cambio en España. Seis siglos de práctica trayectoria*, Madrid, Tecnos, 1988.

<sup>16</sup> F. Galgano, *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1981; H.J. Berman, *La formación de la tradición jurídica...*, pp. 349 ss.

<sup>17</sup> Resulta obligada la referencia al importante estudio de G. Tortella Casares, «El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España: 1829-1869», *Moneda y Crédito*, n.º 104, 1968, esp. pp. 71-73.

<sup>18</sup> El Código de Comercio de 1829 contemplaba a la sociedad anónima como una compañía mercantil más, sin que su constitución exigiese ninguna autorización específica, a salvo de que la compañía hubiese de gozar de algún privilegio (art. 294), bastando el control de sus escrituras y reglamentos por el tribunal de comercio del territorio en el que se estableciera la compañía (art. 293) y esta con-

bilidad al capital aportado, unida a la negociabilidad del título que atribuía la condición de socio, fueron elementos determinantes para que los inversores se decidiesen a utilizarlo en transacciones industriales y comerciales, destacando en un primer momento la construcción de ferrocarriles y, más tarde, las explotaciones mineras; el capital, dividido en acciones, permitía colocar el ahorro y acumularlo en la magnitud requerida para el desarrollo de las grandes empresas que puso en marcha la Revolución Industrial<sup>19</sup>.

En un primer momento el Estado asumió una función de estricto control sobre las «compañías anónimas», estableciendo que su nacimiento exigía una concesión y fijando mecanismos de fiscalización de la actividad de la sociedad durante toda la vida de ésta; mas la incapacidad de este arquetipo respecto a las necesidades económicas de la época hizo que tuviera que ser revisado. A mediados del siglo XIX se elimina la necesidad de la concesión para el nacimiento de la sociedad de capital, pudiendo surgir ésta a partir del cumplimiento de los trámites legales previstos con carácter general, observándose dos direcciones diferentes en la evolución de las sociedades anónimas o compañías por acciones. Mientras en Francia, tras la Ley de 1867 el control público sobre las sociedades anónimas era prácticamente nulo, en Alemania se sintió la necesidad de articular medidas que, sin implicar una vuelta a los mecanismos de control propios de la época de la concesión, permitiesen ofrecer ciertas garantías sobre la solvencia y seriedad de las compañías que operaban en el mercado. A esa idea responde, tras la Ley de 11 de junio de 1870 que reformó el Código de comercio y eliminó el control público sobre las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, la Ley alemana de 1884, cuya filosofía se encuentra en la base de la actual regulación europea en materia societaria.

Por lo que respecta al sistema español y superada la situación que generó la aludida Ley de 1848, el siglo XIX registra una reglamentación escasa y con cierto recelo respecto a los riesgos que podía entrañar la limitación de la responsabilidad y esa escasez se manifiesta en el retorno de esta materia al Código de Comercio de 1885, después del breve paréntesis de la Ley de 19 de octubre de 1869.

7. El desarrollo de las sociedades de capital durante el siglo XIX ha originado fundamentalmente que en el comercio en general y, en mayor medida en el comercio internacional, los protagonistas casi exclusivos de derechos y obligaciones sean estas entidades. De esta mínima importancia del comerciante individual se deriva una muy escasa y poco desarrollada reglamentación en los diferentes Derechos acerca de su posición en el Derecho mercantil, teniendo casi todas las disposiciones que a él se refieren una marcada dependencia de las existentes en el pasado, cuando sí resultaba relevante la regulación de su actividad. En la hora actual el comercio en general y, sobre todo, el comercio internacional se encuentra en manos de los empresarios sociales, y dentro de éstos, en

---

cepción se mantuvo hasta 1848, en que se sustituyó por el que era común en aquel momento a los Estados europeos: el de autorización por Ley o Real Decreto. *Vid.* A. Fornies Baigorri, «Comercio, doctrina y legislación entre 1829 y 1885» (resumen de tesis doctoral), *Temis*, 1962, pp. 111-116.

<sup>19</sup> *Vid.* A. Lefebvre-Teillard, «La révolution: une période décisive pour les sociétés par actions», *Rev. Soc.*, vol. 107, 1989, pp. 345-358.

las sociedades de capital, que han sustituido a los empresarios individuales y a las sociedades de personas, protagonistas de este comercio internacional durante sus primeros siglos. No se puede desconocer, sin embargo, que a la sombra de las sociedades anónimas han ido surgiendo determinados mecanismos de actuación en el comercio internacional que se han aprovechado de las posibilidades que ofrecían las sociedades de personas y otros tipos de personas jurídicas. La importancia actual de las sociedades cooperativas, de las sociedades anónimas laborales, de las sociedades anónimas deportivas y el papel de las fundaciones en la actividad económica no debe ser desconocido y es por ello por lo que les dedicamos también un apartado específico<sup>20</sup>.

## B) EL MOVIMIENTO CODIFICADOR Y LAS LEYES MERCANTILES

8. En un determinado momento histórico la noción de «código», equivalente hasta entonces a la noción «libro de leyes», adquiere un nuevo sentido como conjunto de normas pertenecientes a una misma rama del Derecho y ordenadas sistemáticamente. Si la «recopilación» no es otra cosa que un conjunto de leyes en vigor, pero que no constituye por sí mismo un verdadero cuerpo normativo el «Código» constituye una ley general y sistemática referida, generalmente a una rama del ordenamiento jurídico<sup>21</sup>. Por eso el denominado «movimiento codificador» va a incorporar una obsesión por la sistemática que no sólo se proyectará en la división entre Derecho público y Derecho privado, sino que va a propiciar una marcada especialización de las ramas jurídicas y esta nueva concepción tendrá consecuencias sin precedentes en el Derecho mercantil. En efecto, Europa a partir de la planificación política y cultural que consecuencia de la Ilustración, se produce en el siglo XIX y parte del XX una euforia de codificación mercantil tanto a través de la redacción de Códigos de comercio, como en el caso de España<sup>22</sup>, como por la inclusión en el código civil de un «libro» específico y dedicado exclusivamente a dichas materias, como en el caso de Italia<sup>23</sup>. Ahora bien, esta diferencia no presenta una importancia relevante toda vez que su resultado final es el mismo: concentrar en un único instrumento jurídico todas las figuras en materia mercantil. A partir de aquí se consolida una cultura basada en el Código, cuya contemplación llega a sacralizarse como un elemento importante de la «mitología moderna»<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> S. Hierro Anibarro, «La doctrina del Derecho mercantil y el origen de la sociedad anónima», *RDM*, n.º 229, 1998, pp. 1159-1207.

<sup>21</sup> Cf. J.L. de los Mozos, «Iusnaturalismo y pandectismo en las grandes codificaciones modernas», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, Seminario de Derecho Romano, UCM, 1978, pp. 268-269.

<sup>22</sup> Vid. A. Rojo, «José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española», *RDM*, n.º 143-144, 1977, pp. 121 a 182; M.J. Muñoz García, «Consideraciones en torno a la génesis y evolución de la Codificación mercantil española», *AHDE*, t. LXVII, 1997-I, pp. 219-242.

<sup>23</sup> J.F. Duque, «Motivos, problemas y sistemas de la unificación del Derecho privado en el Codice civile de 1942», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas, 1996, pp. pp. 273-320.

<sup>24</sup> Cf. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Guiffrè, 1998, p. 1.

Es evidente que dicha euforia está directamente condicionada por el tipo de ideología predominante en la época caracterizada por el liberalismo clásico y por el racionalismo. El primero planteaba que el Estado debía limitarse a garantizar las condiciones necesarias para el libre desenvolvimiento de los ciudadanos y por lo tanto el mismo no debía actuar en los campos de las autonomías privadas, entre las cuales se encontraban, las económicas y la libre iniciativa empresarial<sup>25</sup>; dicho en otros términos, el Estado debía abstenerse por completo de la intervención en las actividades comerciales, quedando éstas reguladas por la estricta ley del mercado. El segundo no era sino un intento de racionalización de la vida jurídica a través de un entramado normativo cuya misión era señalar la conducta a observar, bien de manera directa o bien por medio del razonamiento y la deducción lógica: deduciendo de un supuesto de hecho general y abstracto una consecuencia jurídica que también posee un carácter general; por eso, frente a la acumulación de textos sin unidad interna aparece un «sistema» de normas organizadas con pretensiones de «generalidad» y de «plenitud»<sup>26</sup>. Y a ello debe añadirse, también como factor que explica el periodo, el escaso nivel de integración económica internacional por lo cual las codificaciones nacionales en materia mercantil no experimentaban influencias de las regulaciones realizadas en otros sistemas jurídicos.

9. Francia, a través de la Ordenanza sobre el comercio de Luis XIV, en 1673, y de la Ordenanza de la marina de Colbert, en 1681, consigue formular el primer Código de comercio nacional en el año 1807 que termina con la característica subjetiva del Derecho mercantil subsistente durante siglos al incorporar una enumeración de actos y contratos mercantiles, con lo que este ordenamiento adquiere carácter preponderantemente objetivo: los actos y contratos ya no serán mercantiles en razón de ser realizados por comerciantes sino por sí, y, más aún, la calidad de comerciante se adquirirá por la reiteración de los actos enumerados en forma de profesión habitual. España, a través de las Ordenanzas de Ciudades mercantiles importantes<sup>27</sup>, como fueron Sevilla, Burgos y Bilbao<sup>28</sup>, alcanza el Código de comercio de 1829, en el cual la influencia francesa aparece moderada por el Derecho histórico español<sup>29</sup>. La codificación mercantil del si-

<sup>25</sup> J. Vallet de Goytisolo, «Influjo de la Revolución Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la legislación española», *ADC*, 1989, pp. 261 ss.

<sup>26</sup> Vid. por todos G. Tarello, «Le idee della codificazione», *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, 1973, pp. 31 ss.

<sup>27</sup> Sobre los antecedentes Vid. J. Sarrión Gualda y M.<sup>a</sup>J. Espuny Tomás, *Las ordenanzas de 1766 del Consulado de Comercio de Cataluña y el llamado Proyecto de Código de Comercio de 1814 de la Diputación Provincial de Cataluña*, Madrid, 1989

<sup>28</sup> Una de las instituciones históricas españolas de más relevancia a nuestros fines son las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que en su Capítulo X regulaba las «Compañías de comercio», lo que hacía referencia a las sociedades generales o sociedades colectivas; como innovación, esta normativa introdujo cierto requisitos de publicidad, tal como la exigencia de que la constitución de las sociedades generales se hiciera ante escribano quien entregaba un testimonio al archivo del Consulado. Resulta de obligada lectura en este contexto la obra de C. Petit, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1980, 364 pp.

<sup>29</sup> Vid. la obra ya clásica de J. Rubio, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, CSIC, 1950.

glo XIX opta, pues, por una visión objetivista enfocando el Derecho mercantil como un Derecho regulador de los actos de comercio, con independencia del sujeto que los realiza. Esta es la concepción a la que responde el Código de Comercio vigente en España<sup>30</sup>, que es expresivo de los presupuestos ideológicos de la época de la codificación: derecho a la propiedad privada, el contrato como instrumento de circulación de la riqueza, los principios de autonomía de la voluntad y libertad de iniciativa económica así como la libertad de asociación con fines mercantiles. Alemania llega a su Código de comercio general de 1861 a través del *Allgemeine Landrecht* de 1794, dictado en Prusia. En Inglaterra, finalmente, por obra de Lord Manfield, incorpora al Derecho común, es decir, al *common law*, las costumbres de los mercaderes (*customs of merchants*). Durante un cierto periodo el *merchan law* y el *common law* fueron aplicados por tribunales diversos más con el transcurso de los años los tribunales del *common law* consiguieron ampliar su competencia a las materias comerciales, transformándose en instrumentos de aplicación del *marchant law*; a partir de aquí este ordenamiento fue progresivamente absorbido por el *common law* hasta el punto de que a finales del siglo XIX no cabe apreciar en Inglaterra un Derecho mercantil diferenciado del Derecho civil. Esta circunstancia explica que el Derecho privado inglés posea una cierta unidad y que aplique en términos generales las mismas soluciones a los actos civiles y a los actos de comercio y que se delegue en los tribunales ordinarios el conocimiento de los asuntos mercantiles.

10. El Derecho mercantil, que era internacional, se hace entonces nacional y aparecen las diferencias de los sistemas legislativos según que se subraye que en ellos la persona del comerciante como centro del sistema o se destaque, por el contrario, el llamado acto de comercio objetivo; ese acto que se califica como tal sin atender a las Personas que en él participen: «sean o no comerciantes» como dice nuestro Código de comercio en su art. 2. Mas esta nacionalización genera un movimiento de rechazo generalizado que se concreta en un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el comercio internacional que cada vez con más frecuencia se apartan de las reglamentaciones nacionales en materia mercantil; la consecuencia es la quiebra del modelo codificado para las transacciones comerciales internacionales y, por ende, la pérdida progresiva del peso de los Códigos de Comercio en este ámbito. Las previsiones normativas que en él se contienen, ajenas por voluntad de sus redactores a las necesidades del tráfico internacional, son incapaces de aprehender y regular los nuevos hechos que desde finales del siglo XIX y como consecuencia de la paulatina ampliación de los intercambios comerciales entre los diferentes países impulsan una tendencia cada vez más acusada hacia la internacionalidad. Fruto de este desarrollo ha sido el creciente y sostenido desenvolvimiento de un Derecho mercantil internacional, que pone fin a esta orientación puramente «nacionalista» del Código, en el que se contienen contradicciones que la vida real.

---

<sup>30</sup> J.M.<sup>a</sup> Eizaguirre, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, Serv. Ed. de la Univ. del País Vasco, 1988.

11. En toda la extensión del siglo xx el Derecho mercantil aparece regulado fundamentalmente en el Código de comercio. Su semblante viene marcado por las notas de estatalización y unificación para todo el territorio nacional, privatización y despolitización, autonomía del sistema económico y autorregulación del mercado<sup>31</sup>; a ello no fue en absoluto ajeno el entorno de las dos guerras mundiales que trajo consigo la puesta en marcha de un bloque normativo caracterizado por la excepcionalidad<sup>32</sup> y que de algún modo supusieron un obstáculo al retorno de los principios liberales que habían caracterizado el periodo anterior. Dichas notas, sin embargo, se han ido progresivamente desdibujando prácticamente desde su aparición, en función de las sucesivas modificaciones a las que fue sometido no sólo por la progresiva penetración del interés público y de los intereses privados generales en normas de naturaleza tradicionalmente jurídico-privada, sino, señaladamente por la internacionalización del tráfico económico. Ello ha traído consigo una fuerte tendencia a la especialización normativa de determinados sectores del tráfico mercantil así como una masificación y despersonalización de las relaciones mercantiles con la subsiguiente aparición de nuevos instrumentos de contratación<sup>33</sup>.

El Código de comercio expresaba un determinado modelo caracterizado por la presencia del Estado; mas cuando dicho modelo entra en crisis puede observarse la lentitud con que progresa la unificación legislativa, por la resistencia de los Estados a ceder competencias y a la asunción de todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte a su soberanía. Tal resistencia ha favorecido, por descontado, la progresiva formación, en cierto modo espontánea, de un Derecho autónomo del comercio internacional que, en la medida en que tiende a desconectarse de todo ordenamiento jurídico nacional, crea una efectiva uniformidad jurídica. Se trata de un importante sector del tráfico externo de nuestros días caracterizado por una importante tendencia desnacionalizadora que, sin embargo, no elimina por completo el papel del Estado; la *lex mercatoria* está aún muy lejos de completar su ciclo histórico hasta el total retorno a la posición universalista del medioevo, necesitando de su plasmación en fuentes de origen, eso sí, preferentemente internacional. Su aplicación práctica, sobre todo en el arreglo de controversias a través del arbitraje, está poniendo de relieve una cierta crisis de la noción, como se puso de manifiesto en la redacción en el seno de la Uncitral de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada en junio de 1985. Pero, además, los resultados de las prácticas comerciales internacionales y de la actividad institucional en el ámbito internacional puede ser, asimismo, objeto de recepción individual por los distintos sistemas estatales, a través de la codificación interna. Nada impide que el le-

---

<sup>31</sup> E. Gacto, «El Código de comercio de 1885», *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, Madrid, 1985, pp. 401 a 412.

<sup>32</sup> A. Polo, «El nuevo Derecho de la economía», *RDM*, 1946, 379 ss, esp. p. 395.

<sup>33</sup> Como pusiera de relieve A. Menéndez Menéndez, estamos ante «... una cierta desestatalización del Derecho mercantil que... tiende a reforzar esa idea típicamente liberal de la “economización” (y consiguiente “despolitización” del Derecho privado)...» («Autonomía económica liberal y codificación mercantil española», *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, p. 80.



gislador estatal utilice la técnica de la incorporación material o por referencia para hacer suya Leyes modelo o textos internacionales sobre arbitraje o usos y prácticas mercantiles. En este punto, la labor de la Uncitral, junto a otras instituciones de carácter internacional, pone de relieve la importancia y rendimiento a medio plazo de una costosa labor institucional en orden a la consecución de auténticas fuentes del Derecho del comercio internacional<sup>34</sup>.

### C) LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA

12. Acabamos de exponer como el movimiento codificador del siglo XIX experimentó un proceso de desmembración, particularmente terminante en el plano internacional, que produjo una fragmentación legislativa mercantil de considerable entidad. Sin embargo no deja de sorprender como en el Derecho angloamericano, totalmente ajeno a las experiencias europeas, se haya producido en los últimos tiempos un proceso inverso esta vez a favor de la codificación o, si se quiere, en la construcción de un marco jurídico unificado regulador de las relaciones de carácter mercantil. Si bien cada uno de los Estados de la Unión tiene su propia versión de las leyes aplicables a las transacciones comerciales, todas ellas sólo son variaciones del Código Uniforme de Comercio, que no es otra cosa que un conjunto ordenado de reglas y procedimientos estándar que rigen para las transacciones comerciales realizadas entre las empresas. También estipula este Código la forma de garantizar las transacciones y la prioridad entre entidades en competencia en cuanto a embargar la garantía en caso de insolvencia. Las transacciones relacionadas con el comercio internacional normalmente están sujetas a las disposiciones del código comercial del Estado respectivo, dependiendo de si los bienes se transfieren dentro del mismo Estado para su reventa o para su uso en dicho Estado.

La elaboración del *Uniform Commercial Code* se realizó por parte del *American Law Institute* y fue publicado en 1994<sup>35</sup>. El código incluye en términos generales todas las materias presentes y reguladas no sólo por parte de los Tribunales Federales, sino también por los Tribunales Estatales en los términos comúnmente aceptados en los Estados Unidos. Entre estas materias destacan: ventas, títulos valores, contratos bancarios, garantías, etc... Constituye una de las obras legislativas más importantes de la historia moderna del Derecho mercantil: concebido como «obra de progresión» desde sus inicios, el UCC consiguió aunar la agudeza de una de las más notables generaciones de juristas de los Estados Unidos, bajo la dirección de Karl Llewellyn. Bien entendido que desde la perspectiva continental europea la sistemática y el contenido del Código Uniforme de Comercio distan considerablemente del concepto europeo de «código», pero el UCC constituye un inagotable semillero de ideas, novedades y soluciones a complejos problemas jurídicos. Ahí radica, precisamente, el extraordinario in-

<sup>34</sup> Vid. *infra*.

<sup>35</sup> *Uniform Commercial Code*. The American Law Institute. The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 13.<sup>a</sup> ed. West Publishing Co, 1995. Versión en castellano con estudio preliminar y traducción a cargo de J.M.<sup>a</sup> María Garrido, editada por M.Pons, Madrid, 2002.

terés de un texto que sin duda proporcionará numerosas oportunidades de estudio y reflexión a los mercantilistas y comparatistas españoles. El fundamento de esta codificación privada, que descansa en el *case law* reside en la propia estructura jurídica norteamericana y obedece a las propias necesidades del comercio privado que exige que las transacciones descansen en principios jurídicos consolidados y en la necesidad minimizar el riesgo de aplicar principios diferentes para un mismo caso o figura jurídica, es aún mayor. Normalmente, las reglas del Código Uniforme de Comercio sólo son aplicables a aquellos términos y condiciones que las partes no han establecido por sí mismas en los documentos contractuales. De este modo, si el contrato omite alguna condición, dicha condición se regirá por lo establecido en el Código Uniforme de Comercio; no obstante, si un operador jurídico establece sus propios términos y condiciones, éstos normalmente prevalecerán sobre las disposiciones del Código Uniforme de Comercio; por lo tanto, es importante que tenga un control sobre sus transacciones mediante la inclusión de los términos y condiciones que prefiera. En cierto modo, el *Uniform Commercial Code* es una recopilación del Derecho mercantil, consolidado y al mismo tiempo, actualizado según las necesidades modernas. A diferencia de lo que acontece en organismos de integración, la elaboración de un código, como instrumento de unificación del Derecho mercantil, se pudo realizar por el simple motivo que en el caso norteamericano, nos encontramos frente a un solo Estado (de tipo federal), la cual tiene mayores poderes y funciones en comparación a las que los Estados miembros pueden delegar a instituciones supranacionales

13. En este punto es obligada la referencia a otra importante sistematización en materia contractual: el *Restatement of Contracts* donde se refleja perfectamente la tensión entre el Derecho contractual clásico del *common law*, representado por el *Restatement* y el *case law* y el criterio claramente innovador, a veces tradicional también, del Código de Comercio Uniforme norteamericano. El *Restatement of Contracts* forma parte del *Restatement of the Law*, que se crearon por la *American Law Institute* con la idea de sistematizar los principios generales del *common law*, si bien no tienen fuerza de ley, aunque gozan de un gran peso entre la doctrina y la jurisprudencia. Tras diversas modificaciones, el texto actual, que se acompaña de comentarios y ejemplos, se publicó en 1981<sup>36</sup>.

### 3. Crisis del corpus normativo tradicional

#### A) ELEMENTOS DETERMINANTES DEL CAMBIO

14. A partir de finales de siglo XIX el Derecho mercantil experimenta un proceso de cambio inspirado en una doble causalidad político-jurídica de signo diverso y en cierto modo antagónico: por un lado, el fraccionamiento del *corpus* normativo tradicional recogido en los Códigos de Comercio tradicionales y, por

---

<sup>36</sup> *Restatement (Second) of the Law. Contracts*, 2.<sup>a</sup> ed. 2 vols., St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1981.

otro, la unificación de fuentes legislativas en el ámbito del Derecho privado patrimonial y, en particular, en el fragmento del Derecho de obligaciones y contratos<sup>37</sup>. Frente a la situación anterior en el siglo XX nos encontramos con un proceso caracterizado por los siguientes parámetros: la quiebra del tradicional modelo codificador, la incidencia de la internacionalización de la economía y el intervencionismo del Estado en las relaciones mercantiles.

15. Asistimos, en primer lugar, a la especialización normativa con la consiguiente fractura del modelo codificador tradicional<sup>38</sup>. Ello trae consigo la creación y la elaboración de una serie de instrumentos que contemplan figuras jurídicas nuevas, no previstas en los códigos respectivos y ordenadas fuera de los mismos, atentando contra el carácter omnicompreensivo que se les había querido dar<sup>39</sup>. Como resultado de esta inclinación, las materias reguladas en los códigos pierden valor, ya no son actuales y en casos bastante frecuentes, entran en contradicción con las leyes especiales, reglamentos u otros instrumentos legales. Este proceso es el resultado del abandono de la posición liberal por parte de los Estados que conduce a la progresiva penetración del interés público y de los intereses privados generales en normas de naturaleza tradicionalmente jurídico-privada. En este contexto fructifican nociones propias del Estado intervencionista tales como la de «orden público»<sup>40</sup>, la de «policía», la de «fomento» o la de «servicio público» que no pretender sino la ordenación de la economía. Por otro lado, la fractura del modelo de codificación tradicional incorpora nuevas tendencias hacia la unificación a partir de la verificación de las desafortunadas consecuencias de la actual separación de nuestro Derecho privado en civil y mercantil, que llegan a atentar incluso contra el principio de seguridad jurídica consagrado por el art. 9.3.º CE. De esta suerte se registran movimientos claramente partidarios de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, proponiéndose incluso la derogación del Código de Comercio, la coetánea modificación del Código civil (incorporando en él algunas normativas especiales procedentes del Código de Comercio en los supuestos especiales en que sean adecuadas), así como la recodificación del Derecho privado en grandes Leyes especiales por la materia regulada<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Resulta imprescindible, para tener una visión exacta del periodo, la consulta de la obra editada y coordinada por C. Petit, *Del ius mercatorum al Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, 414 pp.

<sup>38</sup> A. Menéndez Menéndez, «Código de comercio y reforma de la legislación mercantil», *Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, 1979, pp. 39-58.

<sup>39</sup> El gran mercantilista español J. Garrigues ha mantenido una posición muy crítica frente a los defensores de los grandes Códigos de comercio que «tuvieron la idea vana de aprisionar la materia mercantil, siempre variante y movediza, en las redes de un llamado Código de comercio»; y frente a los profesores que han enseñado «un Derecho mercantil codificado del siglo XIX, bajo el signo del capitalismo liberal. Un Derecho fosilizado, en el que desfilan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios y han sido reemplazados por otros que los Códigos no registran» («Setenta y Cinco años de Derecho mercantil», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, p. 264).

<sup>40</sup> Vid. G. Farjat, *L'ordre public économique*, París, LGDJ, 1963, esp. pp. 25-29.

<sup>41</sup> J. Vicent Chuliá, «La unificación del Derecho de obligaciones», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, n.º 2, pp. 21-52; M. Broseta Pont, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones*

16. En segundo lugar, se observa con nitidez la incidencia de la internacionalización de la economía como respuesta a los movimientos nacionalistas de aislamiento económico-comercial presentes en el contexto internacional durante el período de la Segunda Guerra Mundial. La instauración del nuevo orden económico mundial, oficialmente establecido en los acuerdos de Bretton Woods y el GATT de 1947, implica la internacionalización de la economía. Hasta 1945 el comercio internacional se caracterizaba por una magnitud estatal de los poderes económicos privados, fuertemente apoyados por la política expansionista de los Estados de donde procedían. Por entonces el número de dichos Estados era muy reducido: aquellos en donde la acumulación de capital en capital financiero, como consecuencia de la revolución industrial, había propiciado una política de expansión internacional, a saber, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos... Mas a partir de 1945 fue menester la adopción de un orden normativo capaz de responder al reto de un cambio radical en las relaciones económicas internacionales. El régimen del comercio ya no respondía al esquema demoliberal de las economías estatales que en el plano internacional se traducía en tres principios básicos, los cuales, con mayor o menor intensidad, estuvieron presentes a lo largo de todo el pasado siglo en las disposiciones internas de los Estados y en la generalidad de los convenios de comercio, el principio de libertad de comercio, el principio de libre cambio y el principio de igualdad entre el extranjero y el nacional<sup>42</sup>.

Además, los años sesenta trajeron una nueva aportación en el ámbito de las fuentes relativas al Derecho mercantil internacional, en concreto a través de la acción coordinada de la Unctad como mecanismo económico de base y la Uncitral en tanto que instrumento de codificación internacional de este ordenamiento, en el marco del denominado «nuevo orden económico internacional» que constituyó un foro de confluencia entre tres tipos de sistemas económicos enfrentados: países en vías de desarrollo, países de economía planificada y países de economía de mercado. A lo largo de su período álgido el NOEI favoreció el desarrollo de los procedimientos de producción normativa de ámbito internacional tanto desde la perspectiva de los tratados, como de la costumbre internacional dentro del marco de la armonización y unificación de las costumbres y prácticas comerciales internacionales: indudablemente la técnica hoy generalizada de los denominados «códigos de conducta» deriva de este período<sup>43</sup>. Un periodo que fue testigo del enfrentamiento entre los países en vías de desarrollo y los países desarrollados y que incidió de manera decisiva en los postulados clásicos en torno a las fuentes del Derecho mercantil internacional.

---

y el *Derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 243-244; *id.*, «Codificación versus descodificación mercantil. Las ventajas y las desventajas de un Código de comercio», *II Jornadas internacionales de Derecho mercantil*, Caracas, 1969, pp. 45 ss.; F. Sánchez Calero, «Los criterios para determinar la comercialidad de un Código de comercio contemporáneo», *II Jornadas internacionales...*, *loc. cit.*, pp. 225 ss.

<sup>42</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001.

<sup>43</sup> A. Borrás Rodríguez, «El nuevo orden económico internacional y el Derecho del comercio internacional», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor don Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, C.E.C., 1986, pp. 201-222.

En cualquier caso, la internacionalización de la economía y, por consiguiente, la elaboración cada vez más sofisticada de medidas restrictivas a las importaciones y a las exportaciones al margen de los instrumentos clásicos basados en las medidas arancelarias y para-arancelarias, ha dado como resultado una profunda especialización científica de determinados sectores del tráfico mercantil contribuyendo a la masificación y despersonalización de las relaciones mercantiles, con la siguiente aparición de nuevos instrumentos contractuales, garantías, etc.

17. Por último, es evidente el cambio de actitud del Estado en materia económica. Frente al periodo del Estado liberal, la función del Estado no es tanto la de fijar los límites de la libertad individual como la de ordenar la economía. Dicho cambio ofrece una destacada proyección jurídica al convertirse el Derecho en técnica de gestión social hasta el punto de que, tanto el sistema como los modelos sociales, son objeto de sanción constitucional<sup>44</sup>. Se produce de esta suerte el nacimiento del Derecho económico<sup>45</sup> y del llamado «Derecho constitucional económico»<sup>46</sup>. El Derecho de la economía en tanto que expresión de la actividad intervencionista de los poderes públicos en la actividad económica, se proyecta en principio sobre un bloque normativo de naturaleza jurídico-público en el que se enuncian y desarrollan los principios y libertades económicas fundamentales y sus límites, integrándose en diverso grado en la disciplina jurídico-privada mercantil de la empresa, como actividad y como organización; no obstante el punto álgido de esta evolución no es otro que la constitucionalización de estos principios ordenadores de la economía. A partir de aquí la ordenación del mercado se convierte en el centro de la «Constitución económica» en la que, junto a los derechos que hacen posible el ejercicio de la actividad económica por los particulares y sus límites, se establecen las facultades atribuidas al Estado en la conformación de los principios fundamentales que informan la ordenación de la economía<sup>47</sup>.

18. Las insuficiencias del régimen jurídico mercantil frente al crecimiento de los operadores económicos y la actitud escasamente sensible de sus redactores al fenómeno de la irrupción y predominio de la actividad industrial, que caracteriza la economía actual, así como a la expansión de lo que más tarde se daría en llamar «Derecho de la economía», no son más que el material fáctico que permite explicar el largo proceso de «descodificación» y «anticodificación», esto es, de superación de la forma legislativa codificada por incompatibilidad con los tiempos actuales que ha tenido lugar a lo largo del presente siglo<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> A. Menéndez Menéndez, «Autonomía económica liberal...», *loc. cit.*, pp. 45-82.

<sup>45</sup> A. Rojo, «El Derecho económico como categoría sistemática», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 977-1014.

<sup>46</sup> J. Duque, «Constitución económica y Derecho mercantil», *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 63-110.

<sup>47</sup> A. Menéndez Menéndez, «La “Constitución Económica” del Estado mercantilista y el Derecho mercantil», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goitisoló*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 349-367.

<sup>48</sup> La expresión «descodificación» se atribuye a N. Irti, *L'età delle decodificazione*, 4.<sup>a</sup> ed., Milán, Giuffrè, 1999; existe una versión española, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

De acuerdo con esta corriente el Código es un sistema necesariamente imperfecto porque su texto no responde a la realidad; un sistema que cierra el paso a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo. La aspiración de que el Código de Comercio dé cabida a toda la materia mercantil comienza, pues, a ser abandonada iniciándose un proceso lento, pero progresivo de descodificación que se produce de forma paralela con el proceso de promulgación de Leyes especiales.

Pese a su compleja justificación, la descodificación se presenta en la actualidad como un fenómeno irreversible, dotado de alcance general, dada la renovación e ininterrumpida expansión del ordenamiento mercantil, mediante leyes especiales y complementarias surgidas casi siempre con criterios oportunistas<sup>49</sup>. La sola existencia de este fenómeno refleja elocuentemente la impotencia del legislador para hacer frente de una forma armónica a la ordenación del Derecho privado aplicable al sector de la economía, sin perjuicio de que estas importantes piezas, situadas fuera de la originaria estructura codificada, continúen teniendo en los preceptos del Código de comercio de muchos países, «su última referencia sistemática».

La manifestación ilustrativa del retraso y de la disgregación de las normas mercantiles son inconvenientes que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de la dualidad de Códigos de Derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil y que se concretaron en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 elaborada para atender a una situación coyuntural: la situación de desbalance del Banco de Barcelona y por eso su precipitada redacción. Promulgada con carácter provisional llegó a convertirse, sin embargo, en el instrumento esencial del Derecho concursal español por el carácter flexible que incorporaba en su regulación. Mas esta reglamentación, si bien aminoró la administración de las situaciones de crisis patrimonial de los comerciantes, tuvo la virtud de enturbiar el sistema como consecuencia de la falta de coherencia de un conjunto normativo carente de los principios generales y de desarrollo sistemático.

## B) PROPAGACIÓN DE LEYES ESPECIALES

19. La época de la descodificación ha conducido a que las leyes especiales se apropien de determinadas materias y clases relacionadas con el comercio, vaciando de contenido la disciplina codificada e incluso alcanzando relevancia en

---

Vid. asimismo, J. Massaguer, «El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 399 ss., esp. pp. 409-415; F. Sánchez Calero, «Situación del Derecho mercantil en las postrimerías del siglo XX y sus perspectivas para el siglo XXI», *Revista de Derecho Privado* (México), año 2, n.º 4, 1991, pp. 107 ss.; *id.*, «Reflexión general sobre el proceso codificador y perspectivas del Derecho mercantil al finalizar el siglo XX», *RJC*, número extraordinario, 1995.

<sup>49</sup> F. Sánchez Calero, «Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho mercantil al finalizar el siglo XX», *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, Madrid, Aranzadi, 1995, pp. 15-38.

algunos casos. Incluso estas leyes logran tal estado de consolidación que evidencian lógicas autónomas y principios orgánicos que llegan a oponerse a la propia sistemática del Derecho mercantil y después acaban con una pretensión de plenitud y de autonomía normativa. Hay que reconocer que algunas leyes especiales constituyen hoy el Derecho general de una institución o de una materia completa. Frente a estas modificaciones es preciso encontrar un contexto jurídico adecuado; los Códigos de comercio quedan obsoletos y gran parte de sus regulaciones rebasadas por la realidad o simplemente derogadas en el transcurso del tiempo por normas de especialidad. Con la proliferación de leyes especiales se produce una «inflación legislativa» que difunde la sensación de que el tiempo de la codificación ha pasado. La misma forma de los textos codificados ha dejado de responder a conceptos reconocidos y reconocibles; dicho de otro modo, la idea de Código, como totalidad normativa, *corpus iuris* completo y acabado no tiene más sentido. Como contrapartida, del elevado grado de complejidad alcanzado por la edición de un número tan grande de leyes, en todo el mundo se observa la tendencia a reducirlas a lo indispensable: a partir de la constatación común de la existencia de una *overregulation*, se propaga un espacio para la desregulación que podría reconducir, paradójicamente, a una codificación de nuevo cuño.

Será a partir de las grandes Leyes de sociedades anónima y limitada de principio de los años cincuenta cuando comienza en España la diseminación de leyes especiales, muchas veces descoordinadas entre sí y no siempre inspiradas en las mismas ideas jurídicas. Con ello se ha producido una lenta expiración del Código de comercio que ha sido una constante de la evolución del Derecho mercantil y uno de los rasgos caracterizadores de este último en los últimos cien años. Baste con recordar a este respecto, por citar sólo ejemplos significativos de la reforma de la legislación mercantil llevada a cabo en nuestro país durante los últimos veinticinco años disposiciones tales como la Ley del Contrato de Seguro de 1980; la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios<sup>50</sup>; la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985; la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, modificada por la Ley 10/2002, de 29 de abril; la Ley de Marcas de 1988, modificada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre; la Ley General de Publicidad de 1988; la Ley del Mercado de Valores de 1988, reformada en 1998; el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Defensa de la Competencia, ambas de 1989; la Ley de Competencia Desleal, la Ley de Agrupaciones de Interés Económico y la Ley sobre contratos mercantiles celebrados fuera de establecimientos mercantiles de 1991; la Ley de régimen jurídico del contrato de agencia

---

<sup>50</sup> Esta disposición introduce en el Derecho español las denominadas acciones colectivas de cesación modificando la LEC y otros textos legales relevantes como, entre otros, las condiciones generales de contratación, la defensa de los consumidores y usuarios, los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, los viajes combinados y los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

de 1992; la Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos de 1994<sup>51</sup>; la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995; el Reglamento del Registro Mercantil y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, ambas de 1996; la Ley de servicios de las sociedades de la información y de comercio electrónico de 2002...

20. El siglo xx se ha cerrado con una ocupación frenética de la actividad legislativa en el ámbito del Derecho mercantil condicionada en gran parte por la pertenencia de España a la Unión Europea y la necesaria recepción del acervo comunitario en este sector<sup>52</sup>. Dicha actividad se ha desarrollado principalmente a partir de los trabajos realizados en la sección de lo mercantil de la Comisión General de Codificación (CGC) bajo la presidencia del Profesor A. Menéndez. En esta sede se han ultimado o se están elaborando textos gran envergadura, como pueden ser un Código general de sociedades<sup>53</sup> y, notablemente, una Ley concursal<sup>54</sup>. Con ello se han dado pasos decisivos en orden a la superación de la tradicional idea unitaria de Derecho mercantil demoliendo de forma consciente un edificio secular para construir un nuevo sistema de unidades que buscan, y encuentran, autonomía propia: Derecho de sociedades, de la competencia, industrial, de distribución comercial, del sistema financiero (bancario y bursátil), de los títulos-valores, del seguro, de la navegación, etc. Se trata de una tendencia irreversible que ha conducido al propio A. Menéndez a considerar que el legislador mercantil de finales del siglo xx y comienzos del xxi no es otra cosa que un «legislador intersticial», es decir, un creador del Derecho en los intersticios del sistema, en el que los confines entre el *ius condito* y el *ius condendum* se desdibujan a pasos agigantados. No en vano se habla de la nueva mentalidad que debe caracterizar al mercantilista, para cuya consecución habrá de equiparse con nuevos saberes, entre ellos la teoría económica, porque el «futuro de nuestra ciencia es un futuro interdisciplinar»<sup>55</sup>.

Esta proliferación normativa demuestra bien a las claras la incapacidad del Código de comercio para obtener los desafíos de una sociedad que desde finales del siglo xix avanzaba hacia un proceso de industrialización. Un proceso que precisaba ser reglamentado desde una perspectiva estrictamente comercial, que produjo cambios organizativos y estructurales generando una desmesurada política legislativa, a veces incongruente o alejada de un método ideal, pero que ha tenido la virtud de acomodar nuestro sistema al de los países de nuestro entorno<sup>56</sup>. Estamos ante un sistema jurídico cuyas manifestaciones se proyectan

---

<sup>51</sup> R. Jiménez de Parga Cabrera, «La Ley reguladora de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, en el marco del moderno Derecho de la responsabilidad, de acuerdo con las normas comunitarias europeas y de Derecho comparado», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2869-2912.

<sup>52</sup> *Vid., infra*.

<sup>53</sup> *Vid., infra*.

<sup>54</sup> *Vid., infra*.

<sup>55</sup> A. Menéndez Menéndez, «El Derecho mercantil en el siglo xxi», *La Ley*, n.º 2646, 1990.

<sup>56</sup> F. Vicent Chuliá, «Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho mercantil en la última década», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 4039-4121.



en distintos textos legislativos que, en principio, son fácilmente identificables por razón de su fecha de aparición o de su procedencia<sup>57</sup>. El fortalecimiento de estos «Derechos especiales», como ramas que ofrecen un cierto grado de autonomía respecto del Derecho mercantil y su tratamiento más o menos sistemático, con un alto grado de autarquía científica y didáctica, se hacen visibles en el Derecho industrial, Derecho de la competencia, Derecho de sociedades, Derecho del mercado de valores, Derecho cambiario, Derecho bancario, Derecho de transportes y de seguros así como en el Derecho concursal.

### C) VALORACIÓN SECTORIAL

21. El Derecho de sociedades constituye un sistema dotado de una coherencia propia de carácter formal o instrumental, más fuerte que la racionalidad específica del Derecho civil y mercantil en que tradicionalmente se ha colocado; nos hallamos ante una reglamentación que en el plano organizativo se configura con una propia autonomía y sustantividad. Ahora bien, las sociedades nacen siempre en un determinado ordenamiento jurídico, aquél de acuerdo con el que se han constituido y cuyas autoridades la autorizan o inscriben, por eso el vínculo entre la sociedad y el Derecho de acuerdo con el cual se ha creado se acentúa, además, por la circunstancia de que lo más habitual es que tal Derecho exija para la válida constitución de la sociedad que en el momento de la constitución el domicilio social se fije en algún punto del territorio del Estado de tal Derecho<sup>58</sup>. Normalmente a partir de aquí cada sociedad que se constituye fija su domicilio en el Estado cuyo Derecho ha sido utilizado para constituir la sociedad.

El modelo de Sociedad Anónima construido en el siglo XIX no ha resistido las necesidades de la práctica, sobre todo por introducir el propio Código de comercio en su propia definición el carácter «amovible» de los administradores, descansando en la Junta General toda la actividad «constituyente» de la entidad. Incluso se ha llegado a afirmar en este contexto que la crisis del referido modelo «comprende inadaptación, insuficiencia, degeneración y, también, corrupción»<sup>59</sup>. Ni que decir tiene que la reforma más importante el Derecho mercantil español fue la producida por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y por la

---

<sup>57</sup> Pero —como afirma A. Sánchez Andrés— «aun cuando es cierto que no siempre esos textos se nos aparecen inspirados en idénticos principios o criterios de valoración, ni se nos muestran unitariamente ordenados por referencia a unos mismos fines de política del Derecho, es igualmente claro, sin embargo, que las normas que los integran, sin llegar a configurar siempre una rama autónoma del ordenamiento jurídico en sentido estricto, pueden, no obstante, llegar a aglutinarse dentro de un sistema de estudio exposición que, más allá de la identidad de su objeto material —es decir, de la realidad por ello regulada (v.g. la propiedad industrial, la banca, los seguros, etc.)» («Aportación de Joaquín Garrigues al Derecho del mercado de valores», *Joaquín Garrigues, maestro y universitario ejemplar*, Madrid, SPFDUCM, 1996, p. 157).

<sup>58</sup> R. Arenas García, «La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales», *Derecho de los negocios*, n.º 71-72, 1996, pp. 11-26; M. Checa Martínez, «La Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: La nacionalidad de la sociedad anónima», *REDI*, 1989, pp. 662-664.

<sup>59</sup> J. Girón Tena, «Las reformas varias, pendientes y andantes, de la Sociedad Anónima en España», *La Ley*, n.º 2145, 1989, pp. 1-9, esp. p. 3.

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, que disgregó esta materia del tronco común del Código de comercio por obvias exigencias financieras y organizativas de un mundo empresarial que aún no se había incorporado de lleno al modelo de mercado. Precisamente por esta razón el arquetipo de sociedad anónima diseñado poseía un carácter polivalente por su adaptabilidad funcional, y general, por su gran difusión en la práctica. Y esta situación se mantuvo largo tiempo hasta que la entrada de España en la Comunidad Europea obligó a la adaptación de nuestro Derecho de sociedades a las Directivas comunitarias que habían alcanzado en la época un alto grado de unificación. El resultado fue la Ley de reforma y adaptación 19/1989, de 25 de julio y el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 29 de diciembre de 1989, aprobado por RD-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Pese a tan profunda transformación de la reglamentación española estas normas no contienen una reforma global del Derecho de sociedades sino parcial y a ellas hay que añadir por su profunda incidencia la reforma del mercado de valores operada por la Ley 24/1988, de 28 de julio por contribuir de manera importante a completar tutela del accionista como inversor. Comentando todo este bloque normativo la doctrina suele lamentar que estas reformas no hallan conseguido una renovación global en materia de órganos de la sociedad y, en cualquier caso, entiende mayoritariamente que aunque ha supuesto una importante mejora de la situación anterior, la reforma global sigue siendo una asignatura pendiente.

La coherencia apuntada del Derecho de sociedades ha producido en los últimos tiempos una marcada tendencia hacia su regulación «codificada» que supone un cierto freno al movimiento descodificador que estamos describiendo. A este respecto la Sección de Derecho Mercantil de la CGC trabaja muy intensamente en los últimos tiempos en la elaboración de un Código de Sociedades a partir de una propuesta formulada por los profesores F. Sánchez Calero, A. Bercof y A. Rojo Fernández-Rio y aprobada el 6 de mayo de 2002 y presentada oficialmente para su debate durante el mes de abril de 2003. La propuesta del Código de Sociedades Mercantiles apuesta por la modernización, simplificación y sistematización de todo el Derecho de sociedad abordando por primera vez en nuestra legislación la elaboración de un Código único sobre sociedades mercantiles. La iniciativa supone dar mayor transparencia, agilidad y eficacia al régimen jurídico de las sociedades mercantiles con el propósito de adecuar y adaptar el ropaje jurídico de las empresas a la realidad cambiante de las sociedades, verdaderos agentes activos de promoción del bienestar social, generación de riqueza y empleo y un factor determinante de crecimiento económico. Con estos propósitos la propuesta de Código pretende introducir las nuevas técnicas jurídicas y las aportaciones de Derecho comparado en el ámbito de las sociedades, con el fin de garantizar al mismo tiempo los derechos de los accionistas y de los terceros. El texto se articula en ocho libros: I. De las disposiciones generales; II. De los tipos sociales; III. De las sociedades cotizadas; IV. De las cuentas anuales; V. De la transformación, traslado, fusión y escisión; VI. De la disolución y liquidación de sociedades mercantiles; VII. De las uniones de sociedad y VIII. De la sociedad europea domiciliada en España.

La propuesta de Código se enmarca dentro de un conjunto de iniciativas puestas en marcha por el Ministerio de Justicia, para hacer el Derecho más acorde con la realidad cotidiana de las empresas de la que son buena muestra la reforma de la LOPJ por la que se crean los Juzgados de lo mercantil y la nueva Ley Concursal. Supone, ni más ni menos, actualizar un régimen jurídico en buena parte vigente desde 1885, y viene a sistematizar el complejo y a veces confuso régimen de las sociedades mercantiles derogando la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, la Ley de Agrupaciones de Interés Económico de 1991, el Régimen de la Unión Temporal de Empresas de 1992 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Mas acaso su pretensión más importante es la homologación de nuestro Derecho societario al europeo, incorporando por primera vez el régimen jurídico del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Singularmente novedoso es que por primera vez se construya un Derecho común a cualquier tipo de sociedades, se contemplen las sociedades cotizadas, se establezca el régimen jurídico de los Grupos de Sociedades y se modernice el régimen contable así como las operaciones de transformación, fusión y escisión de las sociedades. Una iniciativa de este tipo es lo suficientemente ambiciosa para que se produzca un debate que es previsible que dure varios años y que tenga un papel protagonista en la inmediata codificación mercantil en España.

22. La competencia en el mercado, entendida como la concurrencia en pugna y sin previos acuerdos de dos o más empresarios que producen o comercian con los mismos productos o servicios en un mismo mercado, es fenómeno económico que representa la libertad de iniciativa de los particulares, la cual se fue imponiendo con la revolución industrial y política que se desarrolló, a través de la ideología liberal, en el siglo XIX. Ciertamente, lo que los economistas llaman competencia perfecta o pura, en la que ninguna empresa o grupo de empresas se encuentran en situación de influir sobre los precios que se fijan por el libre juego de la oferta y la demanda, es utópica, y mucho más en la economía moderna en que existen sectores del mercado en régimen de monopolio u oligopolio o se establecen restricciones legales en numerosos ámbitos. En consecuencia, desde una posición realista se puede esperar una competencia imperfecta, pero suficientemente eficaz que suponga un cierto grado de competitividad entre las empresas.

El establecimiento del sistema de libre competencia en España fue una de las notas más destacadas de la incorporación al modelo de mercado que se produjo en los años sesenta del pasado siglo, y aunque la Ley 110/1963, de 20 de julio de represión de prácticas restrictivas de la competencia no se acomodó exactamente a las necesidades económicas de nuestro incipiente «desarrollismo» (tén-gase en cuenta que en aquellos años el 95% de las empresas españolas contaban con menos de 5 trabajadores), tuvo una gran relevancia en la modernización de su sistema mercantil<sup>60</sup> a medida que en nuestro país consolidaba el modelo de mercado y que el Tribunal de Defensa de la Competencia empezaba a ejercer

---

<sup>60</sup> F. Sánchez Calero, «El Proyecto de Ley de represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia», *RDM*, n.º 88, 1963, pp. 271 ss.

una función significativa. En la actualidad el sistema se encuentra protegido por las normativas de defensa de la competencia y de represión de la competencia desleal<sup>61</sup>. La primera, contenida en la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se refiere a la normación del macrosistema y estructura del mercado y fija el grado y tipo de competencia que en él se consiente, cuestión esta que ha sido controvertida en los últimos tiempos y que inevitablemente está sometida a profundas transformaciones en el tiempo como consecuencia de la versatilidad del sector, sobre todo en lo que se refiere al control de las concentraciones económicas<sup>62</sup>. La segunda, contenida en la Ley 3/1991, de 10 de enero, represora de la competencia desleal, se sitúa en el plano del microsistema<sup>63</sup>, determinando los parámetros del leal comportamiento de los sujetos privados en sus relaciones; esta última reglamentación se aleja de la anterior perspectiva corporativista y establece una prohibición general de las conductas desleales<sup>64</sup>. Además de la protección de este sistema, una y otra normativa tutelan los intereses del competidor, proporcionándole un campo de actuación empresarial adecuado.

La evolución constante del mercado ha desafiado los propósitos de una estabilidad en su régimen regulador. La profundización en el proceso de liberalización de los mercados efectuado por la economía española tuvo la virtud de desarrollar una política tendente a evitar que el comportamiento de los operadores

---

<sup>61</sup> F.L. de la Vega García, «Tendencias generales de evolución del Derecho interno de defensa de la competencia», *RDM*, n.º 240, 2001, pp. 625-651.

<sup>62</sup> Como consecuencia de las sucesivas reformas experimentadas por el Capítulo II del Título I de la LDC, relativo a las concentraciones económicas, se había producido un desfase que se intenta resolver as través del RD 1443/2001 que desarrolla la referida Ley en lo relativo al control de las concentraciones y la forma y contenido de la notificación de las mismas, sustituyendo y derogando al RD 1080/1992, de 11 de septiembre.

<sup>63</sup> Históricamente y con anterioridad a la Ley 3/1991, la regulación de la competencia desleal se ha encaminado a la protección de la propiedad industrial. La normativa de propiedad industrial se refería al nacimiento, contenido, efectos y extinción de los derechos de exclusiva, en tanto que las normas sobre competencia desleal tipificaban el comportamiento debido del competidor ante tales derechos, así como las acciones del titular de los mismos en los supuestos de agresión. Basta observar como los arts. 131 y 132 de la Ley Propiedad Industrial de 16 mayo 1902 recogían los supuestos de competencia ilícita, cuya sanción se tipificaba en el art. 139 de la misma Ley y en el art. 534 del Código penal (este último reformado por Ley Orgánica de 11 noviembre 1987). Estas sanciones penalizaban la infracción intencionada (usurpación) de los derechos de propiedad industrial. Los derogados arts. 131 y 132 LPI de 1902 se limitaban a definir la competencia «ilícita» como «Toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley». El precepto comprendía tanto el resultado dañoso cuanto la tentativa o posibilidad de este resultado, a diferencia de la normativa actual que requiere para su aplicación la producción de resultados substanciales sobre el mercado.

<sup>64</sup> En cualquier caso, no deben olvidarse regulaciones parciales igualmente represoras de la competencia desleal; por ejemplo, la Ley General de Publicidad, de 11 noviembre 1988, derogatoria del Estatuto de la Publicidad de 1964 y aplicable a las conductas desleales realizadas a través de una actividad publicitaria. También, la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, que prohíbe y sanciona la publicidad engañosa. Incluso, la misma LDC, de 17 de julio de 1989, que deroga a la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 y cuya aplicación se produce siempre que la deslealtad afecte de modo sensible a la libre competencia en el mercado, presentando evidentes relaciones con la Ley 3/1991.

económicos desvirtuase el adecuado funcionamiento de los mercados privado a los consumidores de sus ventajas. El resultado fue la Ley 52/1999 que reformó la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 a través de un trámite parlamentario no exento de críticas. La reforma no alteró, en lo esencial, la tipificación de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, manteniéndose los tipos ya establecidos, pero sí insistió en que la actuación de los órganos de competencia debía limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo. Las críticas a la reforma se dirigieron básicamente a su carácter parcial y a haber prescindido de las aportaciones realizadas por el Derecho comunitario; pero desde el punto de vista institucional la mayor crítica radica en la pérdida de independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y el crecimiento del protagonismo del Servicio de Defensa de la Competencia<sup>65</sup>.

Además debe tenerse en cuenta que en los últimos años se ha producido un cambio importante con la quiebra en el sector de la denominada «unidad de mercado». En concreto, la S TC 208/1999, de 11 de noviembre estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña y por el Gobierno Vasco contra la Ley 16/1989, al apreciar la inconstitucionalidad de la frase «en todo o parte del mercado nacional» contenida en varios de sus preceptos, en la medida en que desconocía las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de las competencias atribuidas a las CC AA recurrentes en sus respectivos Estatutos. De esta suerte, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, no es otra cosa que la incorporación normativa de la doctrina del TC. Su puesta en práctica determinará que gran parte de los asuntos que en la actualidad decide el Tribunal de Defensa de la Competencia pasen a ser resueltos desde una dimensión autonómica

23. Otro sector importante del que se ha dicho que inaugura un nueva dimensión del Derecho mercantil tradicional es el Derecho de los consumidores y usuarios. Nuestro ordenamiento mercantil incorporó mediante la Ley 26/1984, de 19 de julio, una completa y compleja normativa reguladora de este sector que no es sino un desarrollo obligado del principio constitucional que expresa el art. 51 CE<sup>66</sup>. El contenido de esta Ley se refiere especialmente al ámbito de aplicación y derechos de los consumidores y usuarios, a la protección y salud de la seguridad pública, a la protección de los intereses económicos y sociales, a los derechos de información y representación, a las garantías y responsabilidades y al régimen de infracciones y sanciones derivadas de actuaciones no con-

---

<sup>65</sup> L. Berenguer Fuester y C.A. Giner Parreño, «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los negocios*, n.º 114, 2000, pp. 22-34, esp. pp. 31-33.

<sup>66</sup> *Vid.*, por todos, J. Gómez Calero, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 1984, 220 p.

formas con la Ley<sup>67</sup>. Su repercusión en el ámbito mercantil es evidente pues a partir de una reglamentación de este tipo los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Para ello se establece un mecanismo de protección de esos derechos y la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios; son acciones unidas a otras dirigidas a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

Con ello se produjo una modificación sensible del régimen de responsabilidad del empresario como una manifestación evidente de las modernas tendencias en torno al Derecho de la responsabilidad contractual. Téngase en cuenta que tradicionalmente los Códigos consideraban a este Derecho basado en el criterio de la imputación de la culpa y por ello únicamente podía dar respuesta a daños esporádicos.

24. Entre los elementos que se integran en el patrimonio de los operadores del comercio existen algunos de gran valor económico que no recaen sobre cosas corporales, sino inmateriales. En el plano jurídico, la categoría de bienes inmateriales comprende fundamentalmente los derechos de propiedad industrial<sup>68</sup> y los derechos de propiedad intelectual<sup>69</sup> y muy próxima a los derechos de propiedad industrial sobre invenciones se encuentra la protección jurídica otorgada a los conocimientos empresariales secretos, conocidos como *know-how*<sup>70</sup>. Por eso, dentro de la rúbrica de Derecho industrial se incluye en primer término la protección de las invenciones industriales, la tutela de los signos distintivos del empresario y sus productos, como las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, a los que cabe incorporar la protección de las obtenciones vegetales y de las topografías de los productos semiconductores. Todos ellos constituyen derechos de exclusiva, monopolios de carácter territorial, mediante los cuales no solo se fortalece la posición de los empresarios en el mercado y se estimula la competencia sino que, al mismo tiempo, se tutelan los intereses de los consumidores y del resto de los participantes en la actividad económica.

Pues bien, desde finales del siglo XIX los Estados han tenido una especial preocupación por la tutela de estos derechos en el ámbito internacional, dentro

---

<sup>67</sup> J.I. Font Galán, «¿Hacia un nuevo sistema jurídico mercantil de “faz completamente nueva”? La Ley 24/19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil en un Estado social», *RDM*, n.º 177, 1985, pp. 381 ss.

<sup>68</sup> Vid. en general, H. Baylos, *Tratado de Derecho industrial (Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal)*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.

<sup>69</sup> Vid., por todos, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1997; J. Marco Molina, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

<sup>70</sup> J.A. Gómez Segade, *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Madrid, Tecnos, 1974.

del denominado «Derecho unionista»<sup>71</sup>, ante la ineficacia de su protección nacional que ha producido un desplazamiento de esta materia hacia la codificación internacional que, en los últimos tiempos, se ha visto completada por la incidencia de la normativa comunitaria. Desde esta última perspectiva es preciso retener que el modelo de competencia económica diseñado por el Derecho comunitario (arts. 81 a 97 TCE) cuenta en el Derecho de la propiedad industrial con un elemento fundamental del sistema que ha condicionado con un alto grado de armonización iniciado por la Primera Directiva 89/104/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

Ello no implica despreocupación del legislador nacional por la protección interna generándose un fenómeno de codificación sectorial que en España ha contado con disposiciones tan relevantes como la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, inspirada directamente por la referida Directiva<sup>72</sup>, que derogó el Estatuto de la Propiedad Industrial, y que fue modificada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre. Esta última disposición ha intentado reparar ciertos defectos de la normativa anterior (carácter constitutivo de la inscripción registral, control de las prohibiciones relativas en la composición de la marca, protección de las marcas notorias o renombradas, etc.), al tiempo que pretende acomodarse a las soluciones provenientes de la reglamentación internacional y de la reglamentación comunitaria y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que había declarado determinadas competencias de las Comunidades Autónomas en el sector<sup>73</sup>. Pero como toda reglamentación tan cambiante y con tantas disposiciones de desarrollo el gran protagonismo del sistema está caracterizado por el juego de las disposiciones transitorias, que introducen un importante factor de incertidumbre en la aplicación de las normas.

Otra disposición relevante es la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, modificada por la Ley 10/2002, de 29 de abril, que incorpora la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

25. La regulación de los seguros ha producido una abundante normativa comunitaria que está en vigor en España al haber sido incorporada a nuestro ordenamiento desde hace ya algunos años. El texto de base que reglamenta las relaciones entre asegurado y asegurador todavía se articula en la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 que tuvo la virtud de unificar las normas civiles y mercantiles que se encontraban en los Códigos amén de desarrollar el conteni-

<sup>71</sup> Vid. *infra*.

<sup>72</sup> G. Robles Morchón, *Las marcas en el Derecho español (Adaptación al Derecho comunitario)*, Madrid, Civitas, 1995.

<sup>73</sup> S TC 103/1999, de 3 de junio que delimita las competencias que en materia de propiedad industrial corresponden a las CC AA y al Estado. Vid. I. Arroyo Martínez, «Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de marcas», *RDM*, n.º 243, 2002, pp. 15-43; E. Barrero Rodríguez, «Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de marcas», *RDM*, n.º 245, 2002, pp. 1425-11485; M. Paniagua Zurera, «El nuevo Derecho español de marcas (Comentarios a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y a su Reglamento ejecutivo, aprobado por RD 687/2002, de 12 de julio)», *Derecho de los negocios*, n.º 147, 2002, pp. 1-36.

do del art. 51 CE respecto a los consumidores de seguros. Se trata, sin embargo, de una reglamentación obsoleta que ha sido objeto de numerosas críticas<sup>74</sup>. Junto a la Ley, las normas más importantes del Derecho español que recogen las normativas comunitarias son el RD legislativo 1255/1986, de 6 de junio, por el que se adapta a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE; la Ley 21/1990, de 19 diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados y la Ley 30/1995, de 8 noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados, que incorpora las Directivas posteriores a 1991. Las normas mencionadas, en efecto, contienen en parte, aunque no en su integridad, disposiciones de Derecho aplicable relativas al contrato de seguro, en desarrollo de lo previsto en las Directivas que transponen, siendo las más importantes las normas de conflicto establecidas en las segundas Directivas relativas a la libre prestación de servicios en materia de seguros (Directivas 88/357/CEE y 90/619/CEE) y, en menor medida, en la Tercera Directiva sobre seguros diferentes del de vida (92/49/CEE), luego desarrolladas en la legislación autónoma española citada<sup>75</sup>.

26. El Derecho del mercado de capitales constituye un marco jurídico global que agrupa todas las reglas públicas y privadas relativas al plano subjetivo (estatus de los operadores), objetivo (caracterización y régimen de los valores y otros productos financieros), operativo e instrumental (procedimientos de contratación y disciplina de los mercados correspondientes así como la tipología de los negocios y los remedios contra su incumplimiento), haciendo gravitar todo el sistema legal sobre dos principios fundamentales: la plena transparencia informativa y una supervisión independiente y externa de los mercados. La solución adoptada por el legislador español en este capítulo consolidó un sistema de OPA,s (RD 1197/1991, de 26 de julio) de los más exigentes de nuestro entorno inmediato. Sin embargo los recientes escándalos contables han dado lugar a una frenética labor normativa acerca de la gestión realizada por los administradores de empresas, puesta en marcha por la Ley de medidas de reforma del sistema financiero de 2002. A partir de aquí, la Ley financiera que empezó a gestarse en 2002 y el informe de la denominada «Comisión Aldana» constituyen dos grandes hitos en este proceso que enmarcan la reforma de la Ley de Auditorías, el proyectado Código de Sociedades Mercantiles (al que ya nos hemos referido), el Libro Blanco de la Contabilidad Europea y la proyectada Ley Concursal. Entre las finalidades de todo este conjunto de medidas cabe destacar la protección de los pequeños inversores en los mercados financieros, la publicidad a la mayoría de las sanciones impuestas por la CNMV y aglutinar en un único organismo regulador el control de las sociedades cotizadas y sus obligaciones contables y de transparencia.

<sup>74</sup> F.J. Tirado Suárez, «Reflexiones preliminares para una reforma de la Ley de Contrato de Seguro», *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2751-2766.

<sup>75</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, V. Fuentes Camacho y A. Crespo Hernandez, «Título IV: Normas de Derecho internacional privado», *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (F. Sánchez Calero, dir.), Madrid, Aranzadi, 1999, pp. 1.903-1.953.



27. Durante el siglo xx se produce un tránsito desde el marco constitucional económico-liberal al modelo llamado de «Economía Social de Mercado», que es generalizado aunque no tiene el mismo alcance en todos los países y que da lugar a una innovación en los principios de política jurídica inspiradores del Derecho concursal y, correlativamente, en el esquema institucional concursal. Sumariamente descrito, en el nuevo modelo el centro de decisión sobre la solución a la crisis económica de las empresas deja de residir exclusivamente en los propios sujetos privados afectados por la crisis (deudor/acreedores) y pasa a ser una decisión compartida con otros sujetos públicos, ya sean de carácter jurisdiccional o administrativo. También es relevante que la toma de decisiones deje de descansar en la exclusiva consideración de estos sujetos y en la política legislativa asomando otros intereses, señaladamente la conservación de la empresa por razones de interés público y sobre la base de su viabilidad. Mas, como se ha apuntado, los modelos en presencia varían pudiendo hablarse de dos concepciones. Una, predominante en los países anglosajones donde se produce un tránsito del carácter privatista inherente al siglo xix a una coexistencia de intereses públicos y privados en relación con la toma de decisiones en materia concursal, sobre la base de la subordinación de los intereses públicos a los privados. Otra, característica de los ordenamientos jurídicos latinos (Francia, Italia, Portugal) en la que se introduce en ocasiones una subordinación de los intereses privados afectados en las situaciones de crisis respecto de los intereses públicos y, a la vez, un mayor protagonismo de las instancias públicas, jurisdiccionales o administrativas, en la toma de decisiones en torno a la solución de la crisis económica.

Nadie ha puesto en duda el carácter obsoleto y la inadecuación de la regulación española del Derecho concursal, consecuencia directa de las técnicas codificadoras del siglo xix que, entre otras cosas, no sólo distinguía entre comerciantes y no comerciantes, sino que partía de una pluralidad de procedimientos de insolvencia. A estos elementos se unían los problemas derivados de una caótica sistemática que se arrastraba desde el Código de comercio de 1829<sup>76</sup>, que no era sino un germen de incomprensible conflictividad incrementada por la carencia de unos principios de base. Por eso con los sucesivos proyectos de reforma del Derecho concursal, el legislador español intentó brindar un tratamiento sustantivo y propio de la generalidad de los procedimientos concursales sin tomar en consideración el carácter civil o mercantil del deudor en crisis, asumiendo a partir de ahí una cierta autonomía respecto del Derecho mercantil toda vez que las diferentes propuestas vienen orientadas en favor de una unificación legislativa de las normas procesales, civiles y mercantiles<sup>77</sup>. Cuando se elaboró el Anteproyecto de Ley concursal, en noviembre de 1995, era previsible intuir que no tendría un final feliz; sin embargo, no por ello se trataba de un texto carente

---

<sup>76</sup> En efecto, la LEC de 1881 vigente en materia concursal se remitía a ciertas normas del Código de comercio de 1829; mas la dispersión aumentó con la entrada en vigor de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y a una serie de reformas parciales, como la practicada en 1958 con el art. 913 del Código de Comercio sobre prelación de créditos.

<sup>77</sup> A. Rojo, «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975, pp. 509-532.

de cualidades y, sobre todo, de oportunidad. Era coetáneo del Convenio de Bruselas de 1995 y su vinculación con el mismo era conocida por su redactor. Siendo esto así, llama la atención la absoluta disociación de las soluciones recogidas en el Convenio de Bruselas y en el anteproyecto; una disociación que superó con creces la naturaleza multilateral y unilateral de uno y otro texto, y que responde más al desconocimiento o a la pura falta de interés que el legislador nacional muestra en relación con los concursos internacionales<sup>78</sup>. Por fin, el Anteproyecto de Ley Concursal elaborado por la Sección Especial para la Reforma Concursal, creada en el seno de la CGC concluido en mayo de 2000 ha sido el antecedente del texto origen del último Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002, con el que el Gobierno ha dado cumplimiento a la Disposición final decimonovena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La reforma se orienta, pues, hacia una reglamentación sistemática y unitaria que ponga fin de una vez por todas a la anterior dispersión, que comprenda todos los aspectos relativos al concurso y que prescinda del carácter depresivo de este sector con una misma disciplina, aunque no similar para empresarios y no empresarios, y un procedimiento único<sup>79</sup>. El legislador ha optado claramente por la técnica de la Ley especial, sustrayendo la regulación del Código de Comercio de 1885, cuyos preceptos quedan automáticamente derogados. De esta suerte se da continuidad al movimiento de descodificación del Derecho mercantil español emprendido hace unos años.

28. A pesar de la profunda reforma a la que fue objeto el Derecho español sobre el arbitraje en 1988, ni el texto definitivo de la Ley 36/1988, ni sus realizaciones prácticas han resultado satisfactorios<sup>80</sup>. No obstante la radical diferencia respecto a la anterior regulación de 1953, la actual Ley no terminó de cristalizar algunas cuestiones que, con el paso del tiempo, se han revelado cruciales. Doctrina y práctica han venido denunciando tal situación desde el momento mismo de la promulgación de la Ley de arbitraje, críticas que se pueden alinear en tres grandes direcciones: la indeterminación de los contenidos necesarios y dispositivos de la Ley, en primer lugar; la desconexión entre las normas de contenido procesal-judicial y formal con la institución que regulan y, por fin, la regulación incompleta e inadecuada a la realidad del arbitraje comercial internacional. El arbitraje en España es una auténtica sucesión de controles y obstáculos que, en última instancia, han terminado con la rapidez y eficacia características

---

<sup>78</sup> C. Esplugues Mota, «Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis del anteproyecto de Ley Concursal, de 12 de diciembre de 1995, en relación con el Convenio de Bruselas, de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia», *RDBB*, 1997, n.º 68, pp. 1121-1163; *id.*, «La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz* 1997, Madrid, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Tecnos, 1998, pp. 237-273.

<sup>79</sup> M.ª J. Morillas Jarillo, «La reforma del Derecho concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002», *Derecho de los negocios*, n.º 149, 2003, pp. 1-40.

<sup>80</sup> J.C. Fernández Rozas, «La situación del arbitraje comercial en España. Perspectivas de futuro», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52; *id.*, «La reforma del arbitraje comercial en España: crónica de un singular proceso legislativo», *El arbitraje internacional*, Zaragoza, Secretaría Publ. Universidad, 1989, pp. 169-188.

de la institución arbitral. Detrás de todo ello late un clima, tanto legislativo como interpretativo, de desconfianza hacia una institución tradicionalmente considerada intrusista en el ámbito jurisdiccional, a tratar con la necesaria rigidez dado su carácter excepcional. Por estas y otras razones la Ley de Arbitraje de 1988 debe ser objeto de urgente reforma, informada por dos ideas básicas: la potenciación del arbitraje, señaladamente en materias mercantiles, donde demuestra su utilidad como alternativa eficaz al procedimiento judicial y la asimilación de que el arbitraje no es una técnica de sustracción de la potestad jurisdiccional, sino una alternativa a ella; es un ámbito de colaboración que busca una mayor eficacia en la solución de las controversias privadas de índole patrimonial. Los árbitros tienen la responsabilidad de decidir un litigio en justicia; los Jueces, por su parte, prestan su apoyo y controlan su decisión, a la que dotarán de su única e inderogable potestad ejecutiva. No existe confrontación ni superposición de ámbitos, entonces, sino ejercicio de los mismos derechos, dentro del sistema de garantías constitucionales. La organización de un arbitraje en España, interno e internacional, que resulte acorde a las necesidades del tráfico jurídico, no debe ser entendido sólo como una opción jurídica, sino como la aceptación de una práctica consolidada entre los operadores del tráfico comercial, que precisa respaldo normativo. Este reconocimiento no implica, como se pretende en ciertos sectores, la desvinculación del arbitraje del orden jurisdiccional estatal ni, mucho menos, del Derecho de los Estados. El equilibrio entre seguridad jurídica y libertad de pactos es perfectamente posible, sin necesidad de recurrir a nuevas técnicas ni conflictuales ni materiales.

En diciembre de 1996 la Corte Española de Arbitraje presentaba al Ministerio de Justicia una Propuesta de Reforma de la actual Ley de Arbitraje de 1988, en un intento de modernizar y agilizar sus contenidos<sup>81</sup>. En efecto, aunque la Ley de 1988 supuso un innegable avance respecto a la anterior de 1953, algunas cuestiones, de particular interés para el arbitraje privado internacional, quedaron en una fase de desarrollo precaria, que es la que, fundamentalmente, se ha intentado mejorar. Destaca en este sentido, la nítida separación en las regulaciones del arbitraje interno respecto al internacional, la inclusión de preceptos detallados sobre el recurso de anulación en el segundo caso, la atención prestada a la solicitud y obtención de medidas cautelares asociadas a un arbitraje en curso y la flexibilización de elementos formales (como la preceptiva protocolización notarial del laudo) en los casos en que el arbitraje se desarrolle en España. Es en definitiva, un primer intento de acercar la regulación del arbitraje comercial internacional en España a la realidad que hoy en día presenta en el tráfico internacional. Intento que pretende aportar mayor seguridad jurídica a los participantes en dicho tráfico, cuando opten por el arbitraje como medio de resolución de controversias y éste entre en contacto con España.

---

<sup>81</sup> J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, «Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre de 1996)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1997, pp. 303-357.

29. La reglamentación marítima española se caracteriza, en su mayor parte, por una marcada vetustez que contrasta con la evolución de la tecnología y del comercio marítimo de los últimos tiempos; por eso ha devenido totalmente ineficaz. Y dicha ineficacia no ha quedado paliada por algunas modificaciones parciales que se han introducido como consecuencia de la incorporación de España a ciertos Convenios de Derecho marítimo, pese a que supusieron en su día una indiscutible mejora para solucionar determinadas imprecisiones y lagunas de un sistema tan obsoleto: no en vano seguimos con el mismo Libro III del Código de Comercio de 1885. El semblante del tráfico marítimo español ha experimentado una profunda transformación en los últimos tiempos como consecuencia de dos datos, de un lado el crecimiento de la actividad portuaria y, de otro lado, la sensible reducción de la flota mercante española; ello aconseja emprender una reforma en profundidad de nuestro Derecho marítimo, tanto en su dimensión pública como privada, toda vez que la situación no puede sostenerse únicamente con la presencia de los convenios internacionales en el sector. Y a ello responde la tendencia casi unánime de los maritimistas españoles de reclamar una Ley General de Navegación.

Evidentemente la tarea de elaborar una ley de este tipo no es fácil, pero no parte del vacío pues puede utilizar con utilidad los trabajos unificadores de la Uncitral y de la CMI. Una nueva y moderna regulación marítima debería precisar nociones tales como las de «naviero» (incluyendo la publicidad registral) y «propietario/gestor» con el propósito de superar la actual confusión sobre estas figuras y, al tiempo, detenerse en la figura del «consignatario» de buques y de su régimen de responsabilidad como agente del naviero quitando toda posible acerca de su actuación administrativa y mercantil. Por otro lado, las «Reglas de Hamburgo» deberían estar presentes en la ordenación de la responsabilidad de operadores de terminales portuarias y del régimen de responsabilidad de las empresas de carga y de descarga. Por descontado, el Convenio de Londres de 1976 sobre limitación de responsabilidad debería presidir toda la regulación de este sector sin que la limitación quede necesariamente condicionada a la constitución de un fondo. Las tendencias se orientan también hacia la creación de Tribunales Marítimos especializados.

30. En la hora actual las relaciones comerciales de distribución como venta exclusiva de determinados productos traen consigo numerosas dificultades en el momento que se producen incumplimientos por alguna de las partes, puesto que no existe una legislación concreta que regule estos acuerdos comerciales. Por eso la Sección de lo Mercantil de la CGC ha trabajado en los últimos tiempos en un texto que ordene por primera vez los contratos de distribución. Entre otras novedades que se anuncian está la regulación de los contratos de compra en exclusiva, de distribución autorizada, de distribución selectiva, de franquicia y de concesión. Con ello se pretende la unificación para este tipo de transacciones comerciales que ofrecen una marcada conflictividad y la necesaria intervención de los Tribunales de justicia. También destaca como novedad el hecho de que no se podrá terminar la relación comercial unilateralmente por uno de los contratantes en el caso de los contratos de distribución concertados por tiempo in-

determinado, antes de que haya transcurrido un plazo razonable para que el otro contratante haya podido amortizar las inversiones realizadas para la distribución de los productos; en el supuesto, de que una de las partes incumpla esta obligación tendrá que indemnizar al distribuidor por el valor de las inversiones que haya realizado. Por último se contempla que en determinadas situaciones el distribuidor tiene derecho a exigir, en el momento en el que finalice el contrato de distribución, una compensación económica por los clientes que haya conseguido e incrementado; con ello el productor compensa al distribuidor que ha aumentado la cartera de clientes por las inversiones que haya realizado en el tiempo de distribución de sus productos.

31. El profesor A. Menéndez Menéndez, con el voto favorable de la Sección que preside dentro de la CGC propuso hace unos años otra ambiciosa reforma que comenzaría la aproximación en España en materia de Derecho de contratos la legislación civil y mercantil. De conformidad con esta sugerencia, toda materia de obligaciones y contratos pasaría a ser objeto del Código civil y quedaría fuera del Código de comercio en el caso improbable de que alguna vez se rehiciese y como quiera que esta empresa es inmensa se proponía comenzar por una regulación unitaria del contrato de compraventa para lo que ofrecía un marco especialmente idóneo el Convenio de Viena, de 1980. Pero la compartimentación de la Comisión sirvió de freno a la iniciativa, toda vez que la Sección de Derecho Civil prefirió, antes de aventurarse en una regulación del contrato de compraventa, empezar por el principio dentro del modelo tradicional español de obligaciones y contratos. De esta suerte a partir de 1995, la Sección comenzó por el art. 1088 del Código civil vinculándose de manera estrecha con las cuestiones alrededor de las cuales se han desarrollado los textos que recogen los llamados Principios de un Derecho Europeo. Indudablemente en la CGC esta muy presente una larga tradición jurídica procedente del Derecho francés, también presente en el Código civil italiano y en el Código civil portugués, que parte de la reglamentación primigenia del Derecho de las obligaciones en general para centrarse con posterioridad en la regulación específica de los contratos en particular... En sus trabajos preliminares la CGC ha seguido muy de cerca el denominado «Código Europeo de Contratos», elaborado por el Grupo de Pavía a cuyo frente se encuentra el profesor Gandolfi. Se trata de un prototipo, más próximo que cualquier otro a la tradición de la jurídica de los países del Sur de Europa. Indudablemente el mencionado Código ha recibido los influjos del Código Civil alemán que, como es bien sabido, dedica a la regulación de los contratos únicamente un pequeño capítulo de la regulación general del negocio jurídico, mientras que existe antes de la regulación de los contratos en particular o de las llamadas relaciones obligatorias en particular, una extensa regulación del Derecho de obligaciones. Se trata de un tema polémico que evidencia las distintas percepciones del mundo jurídico de los civilistas y de los mercantilistas. Con posterioridad volveremos a abordar esta materia en el contexto de la unificación del Derecho mercantil en la Unión Europea<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> *Vid. infra*.

## II. SOBRE LA MODERNA A *LEX MERCATORIA*

### 1. Retorno al internacionalismo

#### A) APARICIÓN DE UN ESPACIO TRANSNACIONAL

32. En este marco mundial de internacionalización y de apertura de las relaciones económicas y comerciales entre los Estados se habla de la existencia en el último tercio del siglo XIX de un espacio o realidad y transnacional y de un Derecho u ordenación jurídica transnacional a semejanza de la situación generada en la Edad Media que hemos descrito e, incluso, dentro del Derecho romano clásico con el papel jugado por el *ius gentium*. Este último ejemplo, utilizado como paradigma del un supuesto Derecho transnacional de la Antigüedad, exige interpretar dicho ordenamiento no como producto de Roma y más concretamente del Pretor Peregrino, sino como un Derecho espontáneo, simplemente aceptado y asumido por las autoridades que tenían la potestad del *ius dicere*<sup>83</sup>. Mas cualquiera que fuese la realidad, el «espacio transnacional» dejaba de ser impermeable desde el momento en que tal Derecho tenía que ser pronunciado por las autoridades legítimas constituidas en Roma y, aunque salvando las distancias, los supuestos merezcan alguna equiparación, no resulta muy útil utilizar tal ejemplo de superación de la referencia estatal del Derecho mercantil internacional, al estar extraído de una época en que no existía propiamente la idea de Estado y la de pluralidad de Estados<sup>84</sup>.

Por el contrario, el auge de la noción «Derecho transnacional» es una realidad reciente que responde al contexto social y económico generado tras la Segunda Guerra Mundial<sup>85</sup>. Si en el medioevo el *ius mercatorum* aparece como una necesidad de la práctica de los comerciantes con el propósito de ordenar sus conductas, válido para el tipo de relaciones específicas de su actividad económica, en la actualidad estamos ante un proceso de creación de nuevas figuras comerciales, las cuales, no sólo no están previstas en los Códigos de comercio de los Estados, sino que no se contemplan en la actividad de modernización y creación de leyes y reglamentos especiales por parte de éstos. Cabría argumentar que los Estados podrían abstenerse de regular dichas materias pero la realidad demuestra que, por el contrario, intervienen cada vez más en las relaciones comerciales y en los aspectos económicos. El proceso de internacionalización exige a los Estados que quieran formar parte de él regular al menos los principios generales de la evolución mercantil, siendo ésta la diferencia fundamental respecto al siglo XIX, ya que en aquél, los principios de liberalismo implicaban la abstención de la intervención pública aun en los casos de anomalías en el

---

<sup>83</sup> B. Goldman, «Frontières du droit et *lex mercatoria*», *Archives du philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 171.

<sup>84</sup> J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991, p. 167.

<sup>85</sup> P. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University, 1956 (traducción castellana, México, F. Trillas, 1967); F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, París, Pédition, 1977.

funcionamiento del mercado. Por otro lado, en el nuevo proceso, la internacionalización implica la institucionalización cada vez mayor, con consecuente limitación a la soberanía nacional de los países, para garantizar el correcto funcionamiento de las reglas de mercado.

33. La tendencia hacia la internacionalidad de las transacciones mercantiles ha originado un aumento espectacular de los protagonistas en presencia, la existencia, ciertamente discutida, de un ordenamiento jurídico y la consolidación de peculiares procedimientos de controversias al margen del Estado. Pero también ha propiciado un acercamiento entre los ordenamientos interno e internacional y, en ocasiones, la unificación de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de vigencia no se corresponde empero con las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea. Por eso en la actualidad se habla de una nueva *lex mercatoria*, y con ello se alude a un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la Sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee ciertos elementos comunes con el Derecho común de los comerciantes en aquél período<sup>86</sup>. Y a esta *lex mercatoria* se la relaciona con la que hemos descrito que se desarrolló en la Edad Media cuando tribunales de mercaderes especiales que funcionaban en lugares específicos (mercados, ferias y puertos) resolvían controversias entre comerciantes con referencia a las prácticas comerciales consuetudinarias, cuyas decisiones eran válidas y ejecutables bajo leyes nacionales porque los señores de la época reconocían los beneficios de un comercio eficiente.

Si bien es cierto que se puede realizar un cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos y costumbres en la Edad Media con los que se manifiestan en la actualidad existen, sin embargo, notables diferencias. Las semejanzas se manifiestan si se considera que tanto la «vieja» como la «nueva» *lex mercatoria* esta formada por usos que constituyen un Derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el Derecho nacional que regirá determinada relación jurídica. Pero existen también algunas importantes diferencias de contenido. Nos hallaríamos ante un Derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional, con unas fuentes propias y unos medios de solución de litigios de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los Tribunales internacionales.

El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal, que constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el denominado Derecho privado de la Economía<sup>87</sup>, como vía de superar las insuficiencias del «método clínico» de los conflictos de leyes y los modestos resultados alcanzados por el «método preventivo» de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> J.M.<sup>a</sup> Gondra Romero, «La Moderna *Lex Mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional», *RDM*, n.º 127, 1973, pp. 7-38.

<sup>87</sup> R. Illescas Ortíz, «Las mutaciones contemporáneas del Derecho privado de la Economía: Aspectos estructurales», *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, México, UNAM, 1989, pp. 940 ss.

<sup>88</sup> K. Highet, «The Enigma of the *Lex Mercatoria*», *Tulane L. Rev.*, t. 63, 1989, pp. 613 ss.

B) DEBATE EN TORNO A LA *LEX MERCATORIA*<sup>89</sup>

34. La consecuencia de este lento y constante proceso ha sido la introducción en la práctica internacional de una extensa red de cláusulas de estilo que, con apoyo en la voluntad de las partes contratantes, viene a incorporarse a la relación contractual individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en el Código de comercio. Por eso esta nueva *lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo<sup>90</sup>, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad en este sector.

Cualquier intento de delimitación de *lex mercatoria* no es tarea fácil<sup>91</sup>, incluso entre quienes proclaman y apologizan su existencia<sup>92</sup>. Así, se afirma con razón que no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, destacándose no obstante que en su formulación se encuentran una serie de principios generales tales como que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los convenios; presunción de competencia internacional; obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos (tales como la buena fe, la verdadera intención de las partes, normas del efecto útil, regla *in claris non fit interpretatio*...); transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos<sup>93</sup>.

35. Se ha desarrollado un debate, aún pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la así llamada nueva *lex mercatoria*<sup>94</sup>. Este debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, pero aún es incipiente en América Latina<sup>95</sup>; amplios sectores de la doctrina de DIPr directamente desconocen su

<sup>89</sup> «¿Un debate doctrinal irreductible?». Vid. el excelente estudio crítico de F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, «Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado», *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15-47, esp. pp. 15-16.

<sup>90</sup> L. Benson Bruce, «The Spontaneous Evolution of Commercial Law», *Southern Economic Journal*, vol. 55, 1988, pp. 644-661.

<sup>91</sup> Dentro de los trabajos contrarios a la existencia de una nueva *lex mercatoria* debe destacarse el de P. Lagarde, «Approche critique de la *lex mercatoria*», *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 125 ss.

<sup>92</sup> Un moderna visión de esta tendencia se encuentra en el estudio de B.M. Cremades y S.L. Plehn, «The New *Lex Mercatoria* and the Armonization of the Laws of International Commercial Transactions», *Boston Un. Int.L. Jour.*, vol. 2, 1984, pp. 317 ss.

<sup>93</sup> O. Lando, «The *Lex Mercatoria* International Commercial Arbitration», *ICLQ*, t. 34, 1985, pp. 747 ss.

<sup>94</sup> A. Goldstajn, «The New Law Merchant», *Journal of Business Law*, 1961, pp. 12-17.

<sup>95</sup> A.I. Piaggi, «El Derecho mercantil en el siglo XXI visto desde el Mercosur», *Derecho de los negocios*, n.º 90, 1998, pp. 21-33.



existencia y entre aquellos que la reconoce concurren varias tesis que intentan encuadrar teóricamente el fenómeno observado<sup>96</sup>. En una muy apretada síntesis, se pueden clasificar estas distintas posturas sobre la *lex mercatoria* atendiendo a los siguientes criterios: el ámbito de materias que abarca, su eventual juridicidad y las técnicas normativas utilizadas.

Un sector de la doctrina sostiene que este nuevo orden, se nutre de normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente y, en particular, en los principios generales del Derecho<sup>97</sup>. Es el germen de una tendencia que considera a la *lex mercatoria* como un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales, es decir que ante la duda sobre el sentido y el alcance de un artículo de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo<sup>98</sup>; otra postura considera que la *lex mercatoria* es una especie de Derecho supletorio, que se aplicaría solamente en aquellos, vacíos, o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>99</sup>; y una tercera posición, toma un punto de vista diferente según el cual la moderna *lex mercatoria* es una creación deliberada de las *formulating agencies* como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional<sup>100</sup>.

En orden a su valor normativo, existe un serio intento doctrinal de consolidar esa «amalgama de “reglas del juego” y de “fuentes materiales” al nivel de un verdadero “ordenamiento supraestatal”» basado en su “autijuricidad” frente a los ordenamientos nacionales»<sup>101</sup> llegándose a considerar que la nueva *lex mercatoria* es Derecho de jaez típicamente consuetudinario, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la Edad Media<sup>102</sup>; la *lex mercatoria* o Derecho a-nacional o tercer Derecho. Los defensores de esta concepción se apoyan en distintas construcciones. Una de ellas descansa en la concepción de «ordenamiento jurídico» que formulara S. Romano<sup>103</sup> y excluye el elemento de coerci-

<sup>96</sup> Vid. el debate en torno a la *lex mercatoria* se encuentra en las siguientes obras de referencia: T.E. Carbonneau, «A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate», *Lex Mercatoria and Arbitration* (E. Carbonneau, dir.), Dobb Ferry, New York, Juris Publ.-Kluwer, 1990, pp. 11-22; F. de Ly, *International Business Law and the Lex Mercatoria*, La Haya, T.M.C. Asser Institute, 1992; F. Osman, Les principes généraux de la *lex mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, París, LGDJ, 1992; K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999.

<sup>97</sup> C. Schmitthoff, «International Business Law: A New Lex Merchant», *Current Law and Social Problems*, Toronto, 1961, pp. 129 ss (reproducido en *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, pp. 20-37); B. Goldman, «Frontières du droit...», *loc. cit.*, pp. 171-192.

<sup>98</sup> Vid. H. Keith, «The Enigma of the *lex mercatoria*», *Lex Mercatoria and Arbitration* (T E. Carbonneau, ed.), Nueva York, Transnational Juris Publications, 1990.

<sup>99</sup> A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, pp. 1098 ss.

<sup>100</sup> C.M. Schmitthoff, «International Trade Law and Private International Law», *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H. Dölle*, t. II, Tubinga, Mohr, 1963, pp. 257-272.

<sup>101</sup> Cf. M. Virgós Soriano, voz «*Lex mercatoria*», *EJC*, t. III, p. 3992.

<sup>102</sup> H. Berman y F. Dasser, «The “New” Law Merchant and the “Old”: Sources, Content, and Legitimacy», *Lex Mercatoria and arbitration...*, *op. cit.*, pp. 53-70.

<sup>103</sup> S. Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, pp. 139-140.

bilidad, propio de la noción de ordenamiento jurídico estatal, como requisito consustancial del calificativo de jurídico y, a partir de esta hábil construcción, es suficiente para admitir el carácter de *contrainte* que la ordenación de la conducta sea imperativa y susceptible de una sanción, que en el marco de la sociedad internacional de comerciantes podría ser el boicot<sup>104</sup>. Estaríamos pues ante un ordenamiento elaborado y aplicado por particulares y no solamente con una finalidad prospectiva, sino también sancionadora, al margen del Derecho estatal<sup>105</sup>; dicho ordenamiento en vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional lo hace en una caudalosa fuente de materiales conceptuales no jurídicos, costumbres comerciales internacionales, prácticas comerciales generadas a partir de las caóticas condiciones del mercado mundial, o más bien en las prácticas dictadas por los intereses económicos dominantes y los conflictos se resuelven por la vía de arbitrajes. Y junto a este planteamiento existe otro cada vez más extendido que rechaza el planteamiento positivista que no admite la *lex mercatoria*, calificándolo de puramente dogmático y centrado en la posición contraria de los tribunales estatales para admitir este tipo de normas; la situación es bien distinta, según esta posición, cuando intervienen los árbitros, que son los que resuelven el mayor número de contenciosos en el comercio internacional. En uno de los trabajos más lúcidos de la doctrina española contemporánea S. Sánchez Lorenzo ha puesto de relieve la legitimidad de esta concepción, a cuyo frente sitúa a B. Oppetit<sup>106</sup>, «que entronca con una concepción neoliberal no exenta de ribetes postmodernistas, tanto por lo que tiene de negación de la fórmula estatal como expresión de la razón totalizadora, como de llamada a fórmulas de interpretación jurídica más imaginativas y fantasiosas», aprovechando para fustigar a quienes defienden su «pureza doctrinal» amparados exclusivamente en la defensa de intereses económicos muy particulares<sup>107</sup>. Con independencia que este autor haya matizado su posición en trabajos más recientes no cabe duda que tras la alabanza a las supuestas bondades de la *lex mercatoria* puede esconderse una labor de *marketing* por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en este ámbito que es justo que se denuncie en sede científica por la posibilidad de desvirtuar la realidad de las cosas. Esta es, en nuestra opinión, la clave con la que deben valorarse toda una serie de construcciones pseudo-

<sup>104</sup> B. Oppetit, «La notion de source du droit et le droit du commerce international», *Archiv. Phil. droit*, 1982, p. 45; F. Rigaux, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général du droit international privé», *R. des C.*, t. 213, 1989, pp 45 ss y 68 ss.

<sup>105</sup> Esta idea ha propiciado la referencia a la inmunidad legislativa de ciertos contratos «multinacionales» conectados con diversos Estados, pero nunca lo suficiente como para justificar aplicación de un Estado determinado. Mas tal argumento no puede prescindir por completo del control estatal, que se hace explícito en la facultad para imponer al contrato determinadas normas imperativas, siempre que éste ofrezca algún vínculo con la actividad y con los intereses nacionales. *Vid.* W. Wengler, «Immunité législative des contrats internationaux», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, pp. 637 ss.

<sup>106</sup> Cf. B. Oppetit, «Le droit international privé, droit savant», *R. des C.*, t. 234, 1992, pp. 393-401.

<sup>107</sup> Cf. S. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLVI, 1994, p. 573.

doctrinales que no buscan otra cosa que la presencia en el mercado de la solución de controversias mercantiles internacionales.

36. En rigor, y al margen de si existe un *tertium genus* de carácter espontáneo, si la soberanía es una noción intrínseca al Derecho y si el Derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico transnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales están particularmente definidos<sup>108</sup>. En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron «siempre» normas, sobre cuya autoridad inmemorial puede uno basarse. Se argumenta con base en ciertas decisiones arbitrales, en las cuales se ha decidido conforme a «equidad», afirmándose también que históricamente este orden jurídico transnacional de los mercados mundiales ha demostrado ser el, hasta ahora que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente, que se encuentra más allá del ordenamiento político internacional<sup>109</sup>. Por eso las Empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún Derecho material nacional. Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona por fuera de los ordenes jurídicos nacionales y de las convenciones de Derecho internacional con un sistema normativo y jurisdicción propia que no puede ser ubicado dentro de la jerarquía normativa clásica entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. Lo novedoso es que se sustraen de la pretensión reguladora de ambos ordenamientos y aspiran a un nivel regulador autónomo. Es el mundo de aparición de una ley comercial global independiente de cualquier legislador nacional, si bien dependiente de instituciones legales y judiciales existentes desde hace tiempo por cuanto las decisiones arbitrales, usualmente pueden ser exigidas y perseguidas en tribunales nacionales. Por eso la *lex mercatoria* se erige como un orden jurídico propio, aunque sea incompleto y en alguna medida esté subordinado a los órdenes jurídicos nacionales en su aplicación y eficacia; dependencia que no afecta a su autonomía<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> M. Virally, «Un tiers droit? Reflexions théoriques», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 377 ss. Para este autor no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del Derecho hablar de un orden jurídico transnacional. Indudablemente, existe en este sector un importante «optimismo juridizante» que se decanta claramente partidario de que la nueva *lex mercatoria* conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado. Cf. Desde un punto de vista crítico, I. Strenger, «La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international», *R. des C.*, t. 227, 1991, pp. 311 ss.

<sup>109</sup> Los laudos arbitrales de que se dispone pueden servir de índices, según esta concepción, para determinar si estamos en presencia de una costumbre. Cf. E. Gaillard, «Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Journ. dr. int.*, t. 122, 1995, p. 16.

<sup>110</sup> «Autónomo —escribe B. Goldman— no quiere decir *totalmente independiente*, y que no más que los otros órdenes jurídicos, el orden jurídico transnacional no es un mundo aislado y cerrado en sí mismo» («Batalla judicial acerca de la *lex mercatoria* (El asunto Norsolor)», *La Ley*, n.º 1095, 1984, p. 8.

## 2. Elementos determinantes de la nueva *lex mercatoria*

37. Al margen de los debates anteriores, que han introducido una nota de complejidad a todas luces innecesaria, resulta oportuno realizar una serie de precisiones desde la perspectiva sociológica y económica.

En términos sociológicos, el nuevo Derecho mercantil internacional ha surgido en la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo; de manera que han participado y participan las empresas de los países de economía de mercado como las empresas de comercio exterior de los Estados que aún mantienen un sistema de economía planificada. Se trata de la «sociedad internacional de los comerciantes», en buena medida autónoma respecto de los Estados; y el hecho de que, pese a las diferencias entre los sistemas políticos y económicos, haya surgido un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales es un factor de primera importancia pues ello evidencia que existe un Derecho autónomo del comercio, nacido de las propias exigencias de éste, y que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales. No en vano en la décadas pasadas la aceptación de este Derecho autónomo de los negocios internacionales por los Estados capitalistas y socialistas constituyó indudablemente un factor de estabilidad en las relaciones de cooperación pacífica entre los Estados<sup>111</sup>. Si lo primario es la realidad social y tras ella viene la norma<sup>112</sup>, la verificación de la existencia de un grupo consolidado es esencial para apreciar el contenido de este ordenamiento del tráfico mercantil internacional. Y ese grupo no es otro que la denominada sociedad internacional de comerciantes<sup>113</sup>. Con ello venimos a afirmar que los usos comerciales internacionales y los contratos-tipo y las condiciones generales<sup>114</sup> elaboradas por las asociaciones mercantiles profesionales o por organismos internacionales constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma que nace y se desenvuelve en los propios medios profesionales del tráfico empresarial internacional y cuya uniformidad no es sino el reflejo de la solidaridad de intereses que une a la referida sociedad. Los usos se producen con la reiteración de determinadas pautas en la conducta de los operadores del comercio que con el tiempo son generalmente aceptadas y socialmente exigibles en función de que sobre ellas existe una opinión favorable<sup>115</sup>. Siguiendo con este planteamiento es indudable que en el desarrollo de

<sup>111</sup> A. Menéndez Menéndez, «El Derecho mercantil en el siglo XXI», *La Ley*, n.º 2646, 1990.

<sup>112</sup> Cf. L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 10.

<sup>113</sup> B. Goldman, «Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*», *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing Derecho de los negocios Lichtenhahn, 1993, pp. 241-255.

<sup>114</sup> U. Drobnig, «Standard Forms and General Conditions in International Trade, Duych, German and Uniform Law», *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade*, La Haya, Nijhoff, 1983, pp. 117-134.

<sup>115</sup> En la medida en que exista certeza acerca de su existencia y sean regularmente observados podría afirmarse su autoridad como fuente del Derecho (art. 1.3.º Cc y art. 2 Ccom, que aluden a los

este pretendido ordenamiento ha tenido un papel relevante la expansión del arbitraje comercial internacional como procedimiento de arreglo de controversias; y a ello no es ajena la consideración de esta institución como de una jurisdicción supranacional o «anacional» pues son los árbitros los que aplican en sus decisiones, cada vez con más énfasis, los usos y costumbres creados por la aludida sociedad de comerciantes. El problema es que la existencia misma de dicha sociedad es un tema seriamente controvertido por la doctrina, poniéndose el acento en su carácter heterogéneo y por tanto que no ha llegado a formar un auténtico grupo social con facultad verdadera de autonormación.

En términos económicos no puede ignorarse que las soluciones alcanzadas por los propios operadores del tráfico mercantil internacional ha cristalizado en un «marco institucional general» (*institutional envinorement*) que se ha producido en el propio mercado internacional, cuyas ventajas han sido destacadas por F. Garcimartín Alferez. En su opinión si se parte de la idea que el mercado es el mecanismo donde se asignan los recursos de manera más eficiente, debe ser precisamente ese mecanismo el que diseñe las normas que regulan tal asignación; además, en tanto que la norma de origen estatal se suele considerar ajena al mercado, la creada por los operadores económica se incardina perfectamente en este último<sup>116</sup>. De acuerdo con este planteamiento un sistema de normas consuetudinarias cuya evolución es espontánea y se adapta día a día a las necesidades del tráfico, tiende a generar reglas mucho más eficaces que las que pueden proceder del obrar de los Estados<sup>117</sup>.

38. Por descontado, junto a las anteriores, la perspectiva jurídica ocupa un papel relevante, sobre todo, desde la perspectiva de las «fuentes» de la nueva *lex mercatoria*. Si el Derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente «en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional»<sup>118</sup>, la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por el hecho de que sus fuentes son de carácter «internacional». No obstante, sentado esto, conviene separar debidamente dos aspectos distintos a partir de los cuales se ha producido una manifiesta imprecisión en relación con el contenido de las «fuentes» de este ordenamiento que ha suscitado una largo polémica más académica que real<sup>119</sup>.

Nos referidos a la denominada en primer término a la «legislación mercantil internacional», constituida por un amplio número de tratados internacionales, a

---

usos como fuente subsidiaria de Derecho en defecto de ley). Un estudio clásico de esta materia es la monografía de A. Kassis, *Théorie générale des usages de commerce*, Paris, LGDJ, 1984; sin bien este autor niega sustantividad a la denominada nueva *lex mercatoria*.

<sup>116</sup> Cf. F.J. Garcimartín Alferez, «El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica»; *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, pp. 11-39, esp. pp. 35-36.

<sup>117</sup> B.L. Benson, Benson, «Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law», *Const. Pol. Econ.*, 1992, pp. 1 ss., esp. pp. 10-11.

<sup>118</sup> F. De Castro, «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta», *ADC*, 1958, pp. 1003-1040.

<sup>119</sup> Vid. V.L.D. Wilkinson, «The New *Lex Mercatoria*: Reality or Academic Fantasy?», *J. Int. Arbitration*, t. 12, 1995, pp. 103 ss. Interesa destacar la lúcida nota de F.K. Juenguer, «American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant», *Vanderbilt J.T.L.*, vol. 28, 1995, pp. 487-501.

los que se unen unas técnicas normativas o de autointegración de nueva generación (los principios generales del comercio internacional, los *restatements of law*, los códigos de conducta, las convenciones internacionales aun no vigentes, las leyes modelo, los laudos arbitrales, la equidad<sup>120</sup>, etc.) conformadoras de un «Derecho uniforme» del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etc. También debe incluirse dentro de esta dimensión a la práctica de los comerciantes generadora de «normas materiales comunes» que son codificadas a través de los cauces apuntados. Son por tanto los Estados quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico interno a través de este procedimiento. En este caso la *lex mercatoria* constituye un instrumento esencial en la elaboración de convenios internacionales y normas internas en la reglamentación del tráfico mercantil internacional.

Mas, en segundo lugar, lo que constituye propiamente la «nueva *lex mercatoria*» que está compuesta por un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera uniforme en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante: lo que genéricamente se califica de «usos y costumbres del comercio internacional» pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente: los llamados «términos comerciales uniformes», las «condiciones generales de venta» aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los «contratos tipo» para la venta de ciertos productos, etc. Nos hallamos, pues, ante una serie de técnicas de unificación jurídica que prescindiendo de los Estados inciden de manera directa en la reglamentación de las transacciones comerciales internacionales<sup>121</sup> y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional. Tales técnicas han dado como resultado una reglamentación «paralegal» que suelen limitarse a las relaciones internacionales marginando las puramente internas y que ofrece un carácter material con exclusión de soluciones conflictuales.

39. Caminamos así en un terreno básicamente contractual (*standards forms*, reglas de las asociaciones profesionales, *guidelines*...) donde los Estados suelen ser deficitarios en normas y en los que existe una marcada tendencia a prescindir de la jurisdicción estatal por el cauce del arbitraje comercial internacional. Pero en modo alguno puede considerarse que la *lex mercatoria* constituya un ordenamiento jurídico autónomo<sup>122</sup>. Ello nos conduce al apartado de su juridicidad que es evidente al ser el resultado de la existencias de un convivencia social dentro de un grupo organizado, pero cuya eficacia se ve claramente reforzada a partir de su reconocimiento por parte del Estado; de ahí que su ámbito natural sea el referido marco del arbitraje. La *lex mercatoria* descansa en el regazo de

<sup>120</sup> R. Goode, «Usage and its Reception in Transnational Law», *ICLQ*, t. 46, 1997, pp. 1-36.

<sup>121</sup> A. Rosett, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law», *AJCL*, vol. 40, 1992, p. 695.

<sup>122</sup> A. Giardina, «La *lex mercatoria* e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, pp. 463-470.

los Estados y su importancia deriva del grado de admisibilidad y permisividad de los Estados a la autonomía material en la contratación internacional y en el recurso al arbitraje, pero nunca exento de control. En estas condiciones, y sólo en éstas, el espacio transnacional y las normas de Derecho espontáneo que genera ofrece un extraordinario interés para la ordenación del tráfico mercantil internacional. Máxime cuando éstas cobran juridicidad al ser objeto de recepción por los Estados a través de mecanismos internos e internacionales<sup>123</sup>.

Y en cualquier caso no puede desconocerse en riesgo de que a través de estas técnicas impuesta de manera unilateral se escondan los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil. En otros términos, las reglas resultantes de esas asociaciones pueden ser el resultado de una práctica comercial totalmente ajena a las políticas de los Estados lo cual, en principio, no ofrecería ningún problema; cuestión distinta que estén al servicio de las grandes empresas<sup>124</sup>.

40. Con independencia de las virtudes o de los inconvenientes expresados es innegable que la nueva *lex mercatoria*, enriquecida, perfeccionada y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un Derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional acudiendo para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto. El argumento acerca de la escasez de reglas de la *lex mercatoria* se ha debilitado con el tiempo<sup>125</sup>. Por eso, la nueva *lex mercatoria* constituye un factor trascendental en el marco de las transacciones comerciales internacionales, pudiéndose afirmar que ese especial sector de participantes del tráfico externo que son los comerciantes ha dotado al actual Derecho del comercio internacional de una importante nota de profesionalización. Mas de ahí a afirmar que este nuevo sector del ordenamiento posee un carácter completo, una fuerza obligatoria irresistible, es adelantar con mucho los acontecimientos, sobre todo en un periodo de continuas crisis económicas internacionales, y supone, en último término, una idea del concepto del Derecho cuando menos discutible<sup>126</sup>.

### 3. Instrumentos de la práctica

#### A) CODIFICACIÓN DE LAS REGLAS Y USOS BANCARIOS: LA LABOR DE LA CCI

41. La regulación material específica de estos nuevos instrumentos que han ido surgiendo al margen de las codificaciones mercantiles y de las leyes especiales se produce a partir de la conducta negocial que las partes han fijado en el

---

<sup>123</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., p. 169; J.D. González Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *R. des C.*, t. 287, 2000, p. 147.

<sup>124</sup> P. Lagarde, «Approche critique...», loc. cit., p. 126.

<sup>125</sup> Cf. F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, «Conflictualismo y *lex mercatoria*...», loc. cit., p. 29.

<sup>126</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., p. 171.

transcurso de un entramado de relaciones contractuales previas. Se trata de una técnica que se encuentra muy extendida en las prácticas bancarias por su capacidad para la construcción de nuevas figuras contractuales y la ausencia de regulación de las operaciones bancarias en las codificaciones mercantiles motivan la existencia de un importante vacío normativo. Los modelos contractuales surgidas en este medio suelen escapar de los existentes en otro tipo de contratos, resultando como característica esencial del sector su atipicidad. Esta situación de ausencia de regulación, al margen de la regulación general del Derecho de obligaciones que cada sistema puede aportar y de la aplicación de algunos preceptos relativos a contratos como puedan ser los relativos a la comisión mercantil, se ve paliada por el interés de los propios operadores en este ámbito en desarrollar reglas especializadas. Se trata de reglas aplicables por el cauce contractual que significa su incorporación por referencia en el texto de contrato o en los modelos más comúnmente utilizados para su formalización; esto es, mediante la simple referencia en el contrato a unas determinadas reglas elaboradas por una organización profesional éstas quedan incorporadas al propio contrato. Su utilización por la práctica totalidad de las entidades de crédito otorga a estas autorregulaciones un importante efecto uniformizador de la regulación en la materia. Nos hallamos ante una suerte de Derecho uniforme *sui generis*, en la medida en que la naturaleza y el cauce de aplicación de estas reglas es esencialmente contractual<sup>127</sup>.

42. En la confección de este tipo de reglas la labor más destacada ha sido la emprendida por la Cámara de Comercio Internacional<sup>128</sup>, que ha tenido el mérito de aportar a los operadores textos tan valiosos en la práctica bancaria internacional actual como pueden ser las Reglas y Usos uniformes sobre créditos documentarios, las Reglas uniformes sobre el cobro de efectos comerciales y las Reglas uniformes sobre garantías autónomas. Han sido los propios operadores comerciales, en concreto, las asociaciones bancarias, quienes desde el primer momento han intentado aportar uniformidad en la regulación de la operación de crédito documentario mediante la «codificación» de los usos

---

<sup>127</sup> M. Checa Martínez, *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 87 ss.

<sup>128</sup> La Cámara Internacional de Comercio es una organización de negocios de carácter privado con sede en París. Agrupa más de 7.000 miembros de 130 países siendo su principal cometido promover el comercio internacional, la inversión y la difusión mundial de la economía de mercado; asimismo desarrolla reglas destinadas al desarrollo de las relaciones comerciales transnacionales a la vez que cuenta con servicios esenciales para los empresarios, entre los cuales, uno de los más importantes es el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara, que es el organismo arbitral más importante en su ramo. Los principales trabajos de la Cámara se realizan a través de sus comisiones, las cuales abordan asuntos de gran importancia para los negocios internacionales y además emiten directrices y recomendaciones para los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales, así como también revisan cuestiones que afectan a los negocios en cuanto esto permita armonizar práctica comerciales y desarrollar códigos éticos que sean adoptados voluntariamente. Debido al relevante trabajo desarrollado por la Cámara, ésta tiene un status consultivo de primer nivel en las Naciones Unidas en donde hace valer los puntos de vista de los de los países industrializados y en vías de desarrollo; así mismo, mantiene una cercana relación con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la OCDE, la UE y otras organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.



bancarios existentes<sup>129</sup>. Las insuficiencias de la unificación alcanzada por las primeras codificaciones de usos o reglas bancarias de ámbito nacional encontraron un cauce de superación una vez que la labor de normalización de la práctica bancaria en la materia fue trasladada a mediados de los años veinte a un ámbito no exclusivamente nacional mediante su inclusión en los trabajos de la CCI, en concreto, de su Comisión de técnicas y prácticas bancarias, en la que se encuentran representadas la mayoría de las asociaciones bancarias nacionales. Dicha Comisión ha empleado un método de producción jurídica que ha intentado combinar la recopilación de los usos y principios más extendidos en la práctica bancaria internacional con una clara labor de desarrollo de nuevas reglas adecuadas a la evolución del objeto regulado. El resultado se ha traducido en las Reglas y usos uniformes sobre crédito documentario cuya primera versión data de 1929, pero fue la edición de 1933 la que se aceptó ampliamente en Europa; la siguiente revisión de las Reglas se aprobó en 1951 desarrollándose notoriamente en la escena internacional, ya que las utilizaron los bancos de Asia, África, América Latina, EE.UU. y Europa y la revisión de 1962 aún fue más allá, puesto que se ganó la aceptación de la influyente comunidad financiera del Reino Unido y de los países de la *Commonwealth*. Las revisiones posteriores, con mejoras y refinamientos técnicos, se publicaron en 1974 y 1983 y la versión vigente, las RUU 500, entró en vigor el 1 de enero de 1994. Como puede observarse las RUU han experimentado una constante adaptación a las necesidades de la práctica y han ampliado el ámbito de su aplicación voluntaria<sup>130</sup>. Este mecanismo básico de aplicación se ve complementado por otros como pueden ser la incorporación por referencia en condiciones generales de la actividad bancaria o la adopción de las RUU por organizaciones o asociaciones bancarias nacionales.

Las RUU conforman un conjunto de normas más flexibles que cualquier legislación nacional o internacional al no ser de obligado cumplimiento; pero se aplican porque los bancos las incorporan voluntariamente en los contratos en los que basan sus créditos documentarios. Sintéticamente, las RUU son la puesta por escrito de los usos y costumbres reales, basados en la experiencia de los bancos comerciales y de las empresas exportadoras e importadoras; por eso se citan a veces para ilustrar cómo la autorregulación del comercio internacional puede resultar más eficaz que los tratados, las normas gubernamentales o el de-

---

<sup>129</sup> M.<sup>a</sup> J. Guerrero Lebrón, «La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios», *Derecho de los negocios*, n.º 121, 2000, pp. 21-34.

<sup>130</sup> En efecto, el cauce de aplicación de las RUU ha venido siendo su incorporación a la operación de crédito documentario mediante la inclusión de la oportuna referencia en el contrato de apertura de crédito documentario y en la propia carta de crédito o instrumento operativo del crédito documentario. Los formularios normalizados de este tipo de operaciones incluyen invariablemente una remisión a las Reglas y Usos Uniformes CCI (publicación núm. 500) y, en este sentido, el propio art. 1 de las Reglas establece que «las presentes Reglas y Usos Uniformes son de aplicación a todos los créditos documentarios, siempre que así se establezca en el texto del crédito». El Comité de Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI aprobó en noviembre de 2001 el «Suplemento» de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios para la Presentación Electrónica (eUCP), que entraron en vigor el 1 de abril de 2002.

recho jurisprudencial. En tanto que técnica residual de aplicación aparece la posibilidad de calificar el contenido de las RUU o algunos de sus preceptos como costumbre o usos del comercio. Pese a su denominación las RUU son en la actualidad algo más que una simple recopilación de prácticas comerciales más o menos asentadas en el tráfico internacional: el hecho de que estén redactadas con carácter unilateral por un organismo privado evidencia una auténtica pretensión de creación normativa en orden a la solución de los intereses de los sujetos intervinientes. Incluso, y al margen de su origen, la constante repetición de las reglas ha llegado a ser caracterizada como generadora de costumbre mercantil, pero se trata de una cuestión que sólo conduce a un estéril debate en torno a la naturaleza jurídica de la institución que estamos examinando. En todo caso, sin un desarrollo jurisprudencial que opte por esta vía de incorporación de las RUU en los ordenamientos nacionales, la posibilidad es excepcional y reducida a aquellos artículos de las RUU que vienen a expresar principios fundamentales del régimen jurídico de la institución.

43. La necesidad de considerar los problemas planteados por el cobro de papel comercial en las operaciones comerciales internacionales también fue contemplada por la CCI desde 1938. A pesar de la pronta percepción de esta necesidad, la elaboración de unas Reglas Uniformes sobre el cobro de papel comercial se demoró hasta octubre de 1956, fecha de las primeras Reglas sobre el cobro de papel comercial. El objetivo de la CCI era elaborar unas reglas de aplicación supletoria, aplicables en defecto de lo previsto por las partes y las legislaciones nacionales, para asegurar una uniformidad superadora de los inconvenientes presentados por la existencia de diferentes usos bancarios en los distintos países. Estas reglas entraron en vigor el 1 de enero de 1958, sin embargo, la escasa recepción que tuvieron en las asociaciones bancarias motivó que, desde 1964, la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI reiniciase su estudio con el objetivo de formular una revisión de las Reglas. La de 14 de mayo de 1967, entró en vigor el 1 de enero de 1968 y encontró una favorable acogida en las asociaciones bancarias de más de 77 países. Más recientemente, la CCI elaboró la revisión de 1978 bajo el enunciado de Reglas Uniformes sobre Cobros<sup>131</sup>, aplicables tanto a las remesas simples (*clean collections*), es decir, no acompañadas de documentos comerciales, como a las remesas documentarias (*documentary collections*). Estas reglas han sido modificadas por las Reglas Uniformes relativas a las Cobranzas (URC 522) de 1995, en vigor desde el 1 de enero de 1996 y aplicables a las remesas simples y a las remesas documentarias. La aplicación de las Reglas exigirá en todo caso la existencia de una incorporación por referencia realizada por las partes, puesto que su cauce de aplicación no es otro que la autonomía de la voluntad de las partes dada su naturaleza puramente contractual<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> *Uniform Rules for Collections*, publicación n.º 322.

<sup>132</sup> A. Boudinot, «Análisis especial de las Reglas Uniformes relativas al cobro», *Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Comerciales, 1980, pp. 241-263.

44. Asimismo, la CCI ha elaborado unas Reglas sobre garantías contractuales en 1978<sup>133</sup> que tampoco obtuvieron la recepción deseada entre los operadores bancarios, especialmente debido a que el texto no se adaptaba a las garantías a primera solicitud en las que basta la mera petición del beneficiario para la ejecución de la garantía. En este sentido, cabe indicar que las Reglas condicionaban el pago de la garantía a la aportación de una sentencia o laudo arbitral que determinase la existencia de la circunstancia prevista para la ejecución de la garantía. Por ello, las Reglas originales se encuentran mucho más próximas a figuras más tradicionales como la fianza o garantía accesoria. La situación ha sido subsanada por las Reglas de la CCI sobre garantías autónomas de 3 de diciembre de 1991<sup>134</sup>, estas últimas perfectamente adaptadas a la *praxis* contractual propia de este ámbito. En todo caso, el carácter abstracto de la garantía motiva que el banco garante sólo podrá comprobar la regularidad aparente de los documentos de acuerdo a los términos de la garantía. Por ello, pese a las exigencias documentales de las nuevas reglas, podrán seguirse produciendo supuestos de utilización abusiva o fraude en la ejecución de las garantías, es decir, que no respondan a situaciones reales de falta de ejecución o incumplimiento en la relación subyacente<sup>135</sup>.

Dentro del marco de las garantías la CCI ha elaborado una Guía con el propósito de ofrecer una información básica en torno a la reserva de dominio<sup>136</sup>, cuyo alcance se limita a las operaciones de compraventa de bienes muebles entre comerciantes; excluye, por tanto, las condiciones de pago diferido ni alude a los contratos de venta a plazos. Su finalidad es el examen de la validez y de la ejecutabilidad de las cláusulas de reserva de dominio señaladamente en el caso de insolvencia del comprador, describiendo al efectos diferentes modelos de cláusulado. La Guía se detiene expresamente en la solución de las cuestiones propias de Derecho internacional privado, haciendo hincapié en la ausencia hoy por hoy de cláusulas uniformes, para lo cual distingue entre los aspectos que se refieren al contrato, que quedan sometidos a la *lex contractus*, y los que se refieren a la propiedad, regidos por la *lex situs*, que suelen suscitar problemas particulares cuando las mercancías son trasladadas a otro Estado.

## B) CONTRATOS-TIPO

45. Otras manifestaciones relevantes de la *lex mercatoria* se observan en los contratos-tipo como el propuesto por la *International Air Transport Association* (IATA) para el transporte aéreo de pasajeros que se utiliza por las compañías de aviación en todo el mundo; también se desarrollan en los contratos de licencia para programas IBM, los contratos de fletamento, de *factoring*, de *joint ventures* o de *know how* internacionales. Son ejemplos, entre muchos otros que

<sup>133</sup> Publicación, n.º 325.

<sup>134</sup> Publicación, n.º 458.

<sup>135</sup> J. San Juan Crucelaegui, «Las garantías contractuales en las reglamentaciones de la Cámara de Comercio Internacional», *RDM*, n.º 241, 2001, pp. 1315-1392.

<sup>136</sup> Publicación n.º 467.

se utilizan en el tráfico mundial y cuyos términos de contratación y su desarrollo se ven favorecidos con el arbitraje, que tiende a resolver los conflictos surgidos de tales negociaciones con las normas propias del comercio internacional y de los usos y costumbres universalmente aceptados.

Habida cuenta de su utilidad en la práctica negocial internacional debe resaltarse entre estos instrumentos el Contrato Modelo de Agencia Comercial publicado por la Cámara de Comercio Internacional en 1991, por el que se opera una estandarización de los términos de esta categoría de contratos. La CCI ha sido consciente de que una de las principales dificultades con las que se encuentran los operadores que, en el plano internacional, negocian acuerdos de agencia comercial, consiste en la inexistencia de reglas uniformes sobre la materia. De ahí que se haya esforzado en ofrecer unas reglas contractuales uniformes, no basadas en un concreto ordenamiento nacional, que incorporen la práctica predominante en el comercio internacional así como los principios reconocidos de forma generalizada por las leyes nacionales sobre agencia comercial. El contrato modelo, cuyo ámbito de aplicación queda restringido a los acuerdos internacionales de agencia con agentes independientes que intervienen en la venta de mercancías (se hallan, por tanto, excluidos aquellos agentes que promueven la compra de mercancías o que se dedican a la promoción de servicios), regula profusamente las funciones del agente, así como los derechos y obligaciones que tanto para éste último como para el principal derivan del contrato. Prevé expresamente el régimen de vigencia y terminación del contrato, con especial mención a la indemnización en caso de ruptura, dedicando uno de sus preceptos al recurso al arbitraje y a la ley aplicable por los árbitros. Asimismo, tras establecer que cualquier controversia surgida en relación con el contrato será resuelta según el Reglamento de Conciliación y de Arbitraje de la CCI, por uno o varios árbitros nombrados al efecto, ofrece a las partes en el contrato la posibilidad de elegir entre la aplicación al mismo de las disposiciones contenidas en el contrato modelo y los principios de Derecho generalmente reconocidos en el comercio internacional, con exclusión de las leyes nacionales, o el sometimiento del contrato a un Derecho nacional específico. En ambos supuestos impone a los árbitros la toma en consideración de las disposiciones imperativas del Derecho del Estado en cuyo territorio se halle establecido el agente, siempre y cuando tales disposiciones pongan en práctica principios universalmente reconocidos y su aplicación resulte razonable en el contexto del comercio internacional y se estime además pertinente para la ejecución de la sentencia arbitral.

46. La principal fuente de regulación de los contratos internacionales de construcción son los contratos-tipos y condiciones generales elaboradas por asociaciones de profesionales como la *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC), la *Engineering Advancement Association of Japan* (ENAA) y la *The European International Contractors Association* (EIC). En esta materia no existen desarrollos fruto del legislador interno: son los particulares los que han desarrollado los instrumentos jurídicos adecuados a sus necesidades a las peculiaridades de este tipo de negocios configurándolos como una manifesta-

ción del Derecho autónomo del comercio internacional<sup>137</sup>. La FIDIC, fundada en 1913, pasa por ser la institución que probablemente ha desarrollado la más importante labor en la estandarización de los contratos internacionales de construcción; su actividad se ha centrado en recopilar a través de condiciones generales y contratos-tipo los usos y prácticas más habituales en materia de construcción internacional con el fin de velar, siempre, por los intereses de sus miembros y agilizar, así, las relaciones comerciales<sup>138</sup>. La gran difusión experimentada en los últimos años por los contratos «llave en mano», ha impulsado a la FIDIC a publicar recientemente, unas condiciones generales para este tipo de contratos<sup>139</sup>.

47. Los bancos de inversiones asumen en la actualidad el protagonismo de las operaciones de *swaps* pues ofrecen una amplia oferta de productos financieros, y disponen de diversas técnicas de compensación global y control del riesgo incurrido, por lo que tienen más de posibilidades de lograr satisfacer los objetivos de diferentes empresas sin necesidad de encontrar una complementariedad de tipo bilateral como la descrita con anterioridad<sup>140</sup>. La atipicidad de esta figura no permite una transferencia sencilla de preceptos relativos a contratos tipificados como pueden ser el de permuta o el de compraventa, que, en todo caso, sólo aportarían reglas de un carácter muy general si se tiene en cuenta el grado de complejidad y especificidad de las operaciones de *swap*. Por ello, la regulación de este tipo de operaciones, cuyo origen se encuentra en la pasada década, se produce únicamente en virtud de la autorregulación (autonomía material) por los propios operadores de este ámbito. En este sentido, el desarrollo de reglas o condiciones muy detalladas elaboradas por asociaciones profesionales es una de las características de este sector. Así, cabe destacar los modelos de contrato elaborados por la ISDA (*International Swap Dealers Association*), en particular el «*ISDA Interest Rate and Currency Exchange Agreement*» para *swaps* en dólares aunque su utilización se extiende más allá del ámbito de los bancos norteamericanos, el modelo «BBAIRS» de la Asociación de Bancos Británicos, las Condiciones gene-

<sup>137</sup> A. Hernández Rodríguez, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, Comares, 1999; M. Medina de Lemus, «Transferencia de tecnología, construcción (*Engineering*) y contratos informáticos internacionales», *Contratos de Comercio Exterior (doctrina y formularios)*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 397 a 438; A. Frignant, «Appalto internazionale», *Il Diritto del commercio internazionale*, Turín, IPSOA, 1990.

<sup>138</sup> Los dos modelos FIDIC más difundidos en el ámbito internacional son: el *FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* (4.ª ed., Lausanne, 1987), más conocido como el *Libro rojo* y el *FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works* (3.ª ed., Lausanne, 1987), conocido como el *Libro amarillo*. Junto a ellos, también se han elaborado otros documentos como: el *Client Cnudmi Consultant Model Services Agreement* (2.ª ed., Lausanne 1991), conocido como el *Libro blanco*, que tiene por objeto regular las relaciones entre el cliente y el ingeniero, y el *Tendering Procedure. Procedure for Obtaining and Evaluating Tenders for Civil Engineering Contracts* (1.ª ed., Lausanne, 1982), para la fase de licitación del contrato.

<sup>139</sup> *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey* (1.ª ed., Lausanne, 1995), conocido como el «Libro naranja».

<sup>140</sup> Vid. B. M.ª Cremades Sanz Pastor, «Aspectos legales de las llamadas técnicas de financiación Swap», *Las operaciones swap como instrumentos para mejorar la financiación de la empresa*, Madrid, Instituto de Empresa, 1985; E. Díaz Ruíz, «El contrato de swap», *RDBB*, 1989, n.º 36, pp. 733-806.

rales de la Asociación Francesa de Bancos (AFB) para las operaciones en francos franceses, o el modelo «SWAPCEMM» elaborado por una comisión de bancos españoles para los mercados de *swaps* de intereses en pesetas en España.

### C) CLÁUSULAS TIPO: LOS «INCOTERMS»

48. Una nueva manifestación de empleo de los usos y costumbres mercantiles se evidencia en la utilización de ciertos términos de contratación conocidos como «Incoterms» (*International Commercial Terms*), elaborados en el seno de la Cámara de Comercio Internacional de París en 1936, objeto de diversas versiones hasta la última, de 2000, que extractan mediante una abreviatura, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la contratación internacional, convirtiéndose en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica el alcance de tales responsabilidades, básicamente en el área del comercio marítimo. Como se ha indicado, existe un importante nexo de unión entre el arbitraje como método preferente para la solución de conflictos internacionales, y la *lex mercatoria*, como ordenamiento ajustado a las necesidades de los negocios internacionales en la hora actual. La CCI intenta con la elaboración de estos instrumentos facilitar una serie de términos que, de forma universal, permitan concretar con claridad el significado de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, especificando los derechos y obligaciones de las partes bajo cada uno de ellos. Estamos, pues, ante términos uniformes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías exclusivamente, no al contrato de transporte, aun cuando incorporen obligaciones respecto del mismo. La naturaleza de los «Incoterms» es meramente facultativa, depende su aplicación de la voluntad de las partes. Se trata de un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional»; reglas que, a pesar de tal calificación poseen, en puridad, un carácter puramente contractual, por cuanto las partes, en cada contrato, las admiten o rechazan de común acuerdo; ya ocurra esta aceptación de forma directa o indirecta. Cuestión distinta es que, su generalizada utilización y la gran difusión con que cuentan hoy, les haya supuesto un valor considerable, superior al meramente contractual, en la medida en que todos los participantes en el comercio internacional conocen su existencia y su significado.

El objetivo de los «Incoterms» es establecer una serie de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en las operaciones de comercio exterior. Esto permite eliminar o en gran medida reducir la incertidumbre en cuanto a las diferentes interpretaciones de estos términos en los diversos países, toda vez que es frecuente que las partes de un contrato ignoren las diferencias existentes en las prácticas comerciales de sus respectivos países, lo que generaría numerosos litigios.

49. La principal razón para la revisión de los Incoterms en el 2000 fue el deseo de adaptar los términos al uso cada vez mayor del intercambio electrónico de datos. En la versión Incoterms 2000 esto es posible cuando las partes tienen que intercambiar diversos documentos, tales como facturas comerciales,

documentos para acreditar la entrega de mercancía y documentos de transporte, etc. Surgen problemas específicos cuando el vendedor tiene que presentar un documento de transporte negociable y en especial el conocimiento de embarque que se usa con frecuencia con el objeto de vender la mercancía mientras es transportada. En estos casos es de vital importancia, al usar mensajes mediante intercambio electrónico de datos, garantizar que el comprador está en la misma posición legal que si se hubiera recibido un documento de conocimiento de embarque de parte del vendedor. Otra razón para la revisión es el cambio en las técnicas de transporte, en especial la carga en contenedores, el transporte multimodal y el tráfico *roll on-roll off*, con vehículos de carretera y vagones de ferrocarril en el transporte marítimo de corta distancia (*short-sea*). En Incoterms 2000, el término «Libre Transportista... lugar convenido» ha sido adaptado para referirse a todos los tipos de transporte sin considerar la modalidad ni la combinación de diferentes modalidades.

La versión de los «Incoterms» de 2000 clasifica los mismos en cuatro grandes grupos, atendiendo a las distintas obligaciones que conllevan para el comprador y el vendedor (Grupo E, Grupo F, Grupo C y Grupo D). Dentro de cada «Incoterm», las obligaciones del vendedor se incluyen bajo la letra A, numerándose hasta 10, y las del comprador, bajo la letra B, numerándose, de forma correlativa y contrapuesta a las del vendedor, también hasta 10. Se observa, pues, como el primer grupo es el más beneficioso para el vendedor y, correlativamente, el más oneroso para el comprador. Esta situación se va invirtiendo proporcionalmente, según se cambia de grupo hasta llegar al D, el más favorable al comprador y, a su vez, el más gravoso para el vendedor. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los «Incoterms» no cubren la totalidad de las cuestiones planteadas por los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Las específicas cuestiones abordadas —por ejemplo, el aseguramiento de las mercaderías— dependerán de los distintos términos utilizados; pero es común a todos ellos que, materias tales como el pago y sus modalidades, la determinación de derechos de propiedad o el incumplimiento del contrato, entre otras, no aparezcan tratadas por los mismos. Asimismo debe considerarse que en la práctica, la selección de uno u otro dependerá, en última instancia, no sólo de las aparentes ventajas que nos reporten sino, también, de las concretas características de la relación contractual, de la materia que se quiera adquirir, del conocimiento que tengamos de la contraparte, del valor de las mercancías...<sup>141</sup>

#### D) LAS CLÁUSULAS DE INCORPORACIÓN POR REFERENCIA EN LOS CONTRATOS DE EMBARQUE

50. El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías alcanza un papel esencial en la economía internacional y plantea numerosas dificultades en el plano jurídico cuya solución aún dista mucho de ser resuelta. El transporte marítimo es, en efecto, el medio de transporte más utilizado en el comercio in-

---

<sup>141</sup> Incoterms 1990, International Chamber of Commerce Publication No. 460 (1990); Incoterms 2000, ICC Publication No. 560 (1999).

ternacional y ha sido objeto de una abundantísima regulación, que ha dado lugar a un complejo entramado normativo merecedor de la necesaria atención doctrinal<sup>142</sup>. En un primer momento, se ha procedido a la unificación del aspecto material de su régimen jurídico, con el objetivo de dar solución a las múltiples dificultades derivadas del conflicto de intereses existente entre el transportista y los sujetos interesados en la carga. El resultado se refleja en numerosos textos convencionales, a los que nos referiremos más adelante, que recogen las «Reglas de la Haya» o las «Reglas de Visby», que a menudo se solapan entre sí creando numerosos problemas de aplicación<sup>143</sup>. En la práctica del transporte marítimo internacional resulta habitual que los intervinientes incorporen a sus contratos remisiones a los Convenios internacionales existentes en este sector<sup>144</sup>. Se trata de una práctica conocida tanto en los transportes realizados en régimen de conocimiento de embarque como en los sometidos a pólizas de fletamento, pese a las diferencias existentes entre el régimen internacional de unos y otros derivadas de la distinta posición negociadora que se presume a los participantes en estos dos grandes ámbitos del tráfico marítimo. Este fenómeno se observa a partir del análisis de las cláusulas existentes en las distintas pólizas de fletamento y conocimientos de embarque que se remiten a los Convenios reguladores de la responsabilidad de los portadores marítimos. Dependiendo del caso tales cláusulas pueden ser meramente declarativas, si dadas las circunstancias del supuesto el Convenio al que se hubieran remitido las partes ya resultara aplicable, o desplegar efectos sustanciales. En este último caso la inclusión de la cláusula *Paramount* supondrá la necesaria aplicación del Convenio en cuestión, si la remisión al Convenio se encuentra tipificada como un supuesto de aplicación del mismo; o, en otro caso, deberá ser considerada una incorporación por referencia del Convenio en uso de la autonomía material de las partes<sup>145</sup>.

### III. BÚSQUEDA DE LA UNIFORMIDAD A PARTIR DE TÉCNICAS SUSTANTIVISTAS DE INSPIRACIÓN INTERNACIONAL

#### 1. Codificación internacional y unificación jurídica

51. La apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se configuran como obvias respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos estructural o coyunturalmente idóneos para ampliar la demanda

<sup>142</sup> R. Matilla Alegre, «Líneas generales de la evolución histórica en la ordenación jurídica del transporte marítimo de mercancías como ordenamiento autónomo», *Estudios de Deusto*, 1985, pp. 179-205.

<sup>143</sup> Que se han incrementado con la entrada en vigor en España del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, al suponer la coexistencia de los textos que regulan el contrato de transporte marítimo desde una perspectiva material con la normativa conflictual.

<sup>144</sup> R. Espinosa Calabuig, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Granada, Comares, 1999.

<sup>145</sup> J.J. Álvarez Rubio, *Las cláusulas paramount: autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, 183 pp.



y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios; a la vez que la oferta, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y servicios, sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, procurando mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial, de servicios. Tal apertura supone, por su parte, eliminar o abatir en mayor o menor grado las trabas a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias, unida, eventualmente, a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. La libertad de circulación, de alta variabilidad según la amplitud y profundidad de la apertura e integración, vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, oferentes (empresarios) y demandantes (consumidores) de esos bienes y servicios, potencialmente radicados en países diferentes; vínculos también potencialmente conflictivos, conflictos que deben ser resueltos, judicial o extrajudicialmente, y que implican la definición de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, típicos problemas de Derecho internacional privado, y cuya resolución es diversa según el marco jurídico que regula, bien las concretas formas de la apertura e integración, bien las específicas relaciones jurídicas entre partes de Estados distintos. Por eso, pese a los innegables logros de la codificación del Derecho internacional privado, no puede desconocerse que el método más radical y eficaz para resolver los conflictos de leyes consiste en su eliminación a través de la unificación material de los Derechos nacionales<sup>146</sup>. No en vano esta faceta de la unificación constituye la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. La unificación y la creación del Derecho en el plano transnacional no es otra cosa que expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales<sup>147</sup>.

El tráfico comercial internacional ha reivindicado históricamente la nota de universalidad, mucho antes de que las relaciones de cualquier jaez entre los pueblos y entre los Estados alcanzasen el grado de fluidez que ofrecen en la hora actual. El intercambio empresarial entre Estados dotados de similares sistemas políticos, que reconocen, a su vez, similares sistemas de organización económica, requiere la existencia de regulaciones homogéneas en un buen número de instituciones. Un sistema jurídico y mucho menos un sistema dedicado a la reglamentación de las transacciones mercantiles internacionales no puede mantenerse constreñido en reglamentaciones normativas producto exclusivo del legislador interno desfasadas e inadecuadas a la realidad jurídica actual. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen en la comunidad internacional. Dicho en otros términos, la codificación interna ha de desarrollarse de manera paralela y coordinada con la codificación internacional. Mas dentro de esta última no puede perderse de vista que ésta

---

<sup>146</sup> Cf. G.A.L. Droz, «Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 229, 1991, p. 374.

<sup>147</sup> Cf. K.P. Berger; *The Creeping Codification...*, p. 230.

tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica. Y ello, no cabe duda ofrece una nota de rigidez de la que está exenta la codificación interna. Salvo en los sectores del comercio internacional vinculados a los procesos de integración económica donde las discrepancias son sustanciales e irreconciliables, en el marco del Derecho del comercio internacional se suelen percibir especiales divergencias entre los sistemas en presencia, incluso dentro de lo que pudiera calificarse como «familia jurídica». Nos movemos en este sector en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte-Sur y, en la perspectiva jurídica por una dialéctica entre países del *common-law* y de Derecho escrito; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal<sup>148</sup>. Se trata de un terrero abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de «familia» que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del Derecho del comercio internacional cuyo foro más importante es, indudablemente, la Uncitral.

52. Constituye un hecho indiscutible la dialéctica entre las normas internas y las unificadoras pues la soberanía del Estado sigue constituyendo un importante freno a cualquier proyecto unificador. Una vez que se ha introducido en el sistema jurídico de un Estado el Derecho uniforme se convierte en «Derecho nacional», no obstante, sigue conservando ciertas peculiaridades, derivadas de su especial proceso de elaboración, que no responde a unos principios jurídicos únicos, sino que es el resultado de una acomodación de intereses realizada por obra de la cooperación internacional; dichas peculiaridades se manifestarán, como es lógico, a la hora de la interpretación. Una ley, por técnica que sea en apariencia, es siempre la traducción de una ideología y de unos intereses y su unidad supone una política común, lo que requiere la unidad de soberanía excluida por hipótesis<sup>149</sup>.

Desde la última mitad del siglo XIX, algunas de las notas del Derecho mercantil codificado experimentan, como hemos puesto de relieve, una profunda crisis que de la que es particularmente evidente la dialéctica entre el carácter nacional de los Códigos mercantiles y las propias las necesidades del tráfico comercial internacional<sup>150</sup>. Y la resultante no es otra que la fuerte tendencia hacia la unificación internacional de este sector del ordenamiento jurídico. Desde esta especial perspectiva la unificación se presenta como una nueva realidad del comercio internacional que trata de superar las insuficiencias de las soluciones jurídicas tradicionales basadas en el método del conflicto de leyes, como medio de conexión entre los diversos ordenamientos nacionales. Y esta nueva realidad se revela por su ambicioso calado al superar la unificación misma de las normas de conflicto no dejaría de ser un simple remedio parcial. Los procesos de descodificación, la creación cada vez mayor de leyes especiales por parte de los paí-

<sup>148</sup> Cf. A. Garro, «Armonización y unificación del Derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades», *España y la codificación internacional*, op. cit., pp. 347-350.

<sup>149</sup> P. Malaurie, «Loi uniforme et conflits de lois», *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1964-1966)*, París, CNRS, pp. 83-109.

<sup>150</sup> Vid. *supra*.

ses y el aumento del particularismo ha traído consigo la existencia de un «conjunto de normas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales»<sup>151</sup>. Mas las necesidades del tráfico mercantil conducen a otro fenómeno de signo diverso: la tendencia a la armonización a escala supranacional de todo ese bloque normativo que se ha venido creando desde el fin de la Segunda Guerra Mundial como resultado de los procesos de integración cada vez más frecuentes y con niveles de intensidad cada vez mayores y que implican y exigen la implantación de una estructura institucional supranacional y, por ende, la transferencia de la soberanía por parte de los Estados en favor de dichas instituciones con el propósito de garantizar el cumplimiento de los tratados. Por eso es el actual un periodo marcado por la especialización y por la institucionalización de la codificación internacional, que da lugar a la presencia de una pluralidad de instituciones que utilizan técnicas diversas y que generan no pocos problemas al dedicarse en muchas ocasiones a codificar la misma materia. No puede extrañar que con frecuencia las relaciones entre instituciones codificadoras y entre sus resultados concretos no sean pacíficos<sup>152</sup>.

53. Centrándonos en el proceso de codificación del Derecho mercantil internacional se parte de una noción extrajurídica, la de «comercio internacional», sumamente imprecisa y cambiante. Como afirmase tajantemente J. Garrigues «unificar el Derecho mercantil plurinacional no quiere decir unificar todo el moderno contenido del Derecho mercantil, sino tan sólo alguna parte de él»<sup>153</sup>. Esta perspectiva posee un importante predicamento en la actualidad a partir de un relevante documento de la práctica contemporánea, la Res. de la A.G. de las N.U. 2102 (XX) de 20 diciembre 1965 que define el Derecho mercantil internacional sobre la base de tres elementos. En primer lugar, se concibe como un ordenamiento regulador de las relaciones comerciales internacionales, encargándose los sucesivos textos emanados de las NU de precisar el contenido de estas a partir de una serie tasada de operaciones: venta internacional, instrumentos

<sup>151</sup> R. Illescas Ortíz, «El Derecho Uniforme del comercio internacional...», *loc. cit.*, p. 37.

<sup>152</sup> H.U. Jessurun d'Oliveira, «Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence», *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contributions in Honour of Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 117-130.

<sup>153</sup> De acuerdo con el propio J. Garrigues: «Sería un tópico querer armonizar y codificar todo ese inmenso conglomerado de normas, ese "montón de heterogéneas materias", como lo calificó hace más de 50 años un jurista alemán. Hoy no cabe pensar ni siquiera en la confección de un Código de comercio nacional. Lo que fue posible en el siglo XIX es imposible en el siglo XX. El fenómeno legislativo ya no es de concentración de normas bajo un mismo Código, sino de disgregación, de dislocación de esas normas en leyes especiales distintas del Código. Ahora bien, si no es posible pensar en crear un Código de comercio nacional, mucho menos cabe pensar en un Código. Ahora bien, si no es posible pensar en crear un Código de comercio nacional, mucho menos cabe pensar en un Código de comercio internacional. Observemos, además, que cuando los trabajos de unificación se han producido en algunos sectores, como es el de la letra de cambio, el del cheque, el de la venta, estos trabajos han sido lentísimos. Pensemos, pues, cuántos años serían necesarios para la elaboración unitaria de todas las normas que hoy constituyen el Derecho mercantil, formulando un Código de comercio internacional» (J. Garrigues, «Última lección como Catedrático», *Hacia un nuevo Derecho mercantil. Escriitos, Lecciones y Conferencias*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 335-352).

negociables, seguros, operaciones de transporte, propiedad industrial, propiedad literaria y arbitraje comercial<sup>154</sup>. En segundo término, se circunscribe al conjunto de normas que rigen las relaciones comerciales de naturaleza de «Derecho privado» que comprenden diferentes países; en otras palabras, nos hallamos ante un concepto eminentemente privatístico bastante diferente del que había dominado en el pasado y orientado hacia una concepción internacionalista. Por último, se configura como un nuevo *ius mercatorum* dedicado no a resolver conflictos de leyes, sino a evitar su presentación por medio de la uniformidad jurídica.

Estas tres características conducen a la búsqueda de la uniformidad con una técnica sustantivista de inspiración internacional superadora de la tendencia a imponer en el plano internacional las concepciones jurídicas propias del ordenamiento nacional. Nos hallamos ante un conjunto de técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional. Suscita tal posición, sin embargo, el inconveniente de que el ámbito material está restringido a la voluntad de un órgano codificador dependiente de las Naciones Unidas que hasta hace pocos años no ha dado excesivas muestras de actividad normadora. La agenda de trabajo de una institución, por prestigiosa que sea, no puede condicionar la delimitación de un determinado ordenamiento jurídico. Asimismo, tampoco puede quedar ésta restringida a un único método de reglamentación, el Derecho uniforme<sup>155</sup>. Efectivamente, si el Derecho mercantil internacional se hiciera depender del método normativo, nos encontraríamos con la negación del objeto, de los problemas, de la ciencia y de las soluciones. Estamos ante una realidad jurídica que sólo en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del Derecho uniforme, dado los límites y dificultades que esta impone. Sin negar que la uniformidad o armonización es la tendencia ideal en el ámbito del comercio internacional, en la actualidad muchos sectores claves del comercio internacional siguen presentando una pluralidad de técnicas normativas, incluidas las conflictuales, e incluso en aquellos casos en que se ha logrado una cierta uniformidad (Derecho cambiario) se ha hecho patente la necesidad de tener en cuenta dispositivos conflictuales.

## 2. Tendencia a la armonización internacional: hacia un Derecho mercantil plurinacional

### A) MÉTODOS EN PRESENCIA

54. La diversidad de los métodos que pueden utilizarse para la unificación de del Derecho de los negocios internacionales conduce inexorablemente a ejercicios cartesianos todos ellos sugerentes. Una clasificación simple distinguiría

---

<sup>154</sup> Al efecto R. Illescas Ortiz sobre ha realizado un esquema con el propósito de ofrecer puntual referencia de las distintas normas existentes. «El Derecho Uniforme del comercio internacional...», *loc. cit.*, pp. 90-91.

<sup>155</sup> F. Enderlein, «Ley uniforme y su aplicación por jueces y árbitros», *RFDUCM*, 1987-88, pp. 229-253; P. Kahn, «El Derecho uniforme y su impacto en el mundo de los negocios. El Derecho de la compraventa», *ibid.*, pp. 301-316.

entre las fórmulas flexibles que no implican obligatoriedad alguna para los Estados pero que presentan el inconveniente de su mayor inseguridad, tanto respecto de su vigencia como de su interpretación (por ejemplo, leyes modelos o recomendaciones provenientes de organismos internacionales) y fórmulas basadas en un convenio internacional que tienen la ventaja de prevalecer sobre parte de las reglamentaciones internas de los Estados e imponer su vigencia tanto en las relaciones del tráfico interno como en las del tráfico externo; sin embargo restringen su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno; esta dimensión suscita, como es lógico, un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes. Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han llegado a adquirir por lo general un número importante de Estados parte<sup>156</sup>. Y, al lado de estas fórmulas, estaría la unificación generada en una organización de integración económica como la Comunidad Europea donde la unificación vendría a través de los actos normativos propios de su Derecho derivado<sup>157</sup>. La elección de uno u otro método no se presenta, sin embargo, como inexorable y de ello son conscientes las instituciones codificadoras que en los últimos tiempos muestran una tendencia a relegar al convenio de su papel protagonista toda vez que su rigidez puede dificultar la empresa codificadora. Como veremos en la actualidad dicha empresa está penetrada por las técnicas de *soft law* que se materializan a través de leyes modelos, recomendaciones o resoluciones dirigidas al legislador interno con el propósito de alcanzar un cierto grado de uniformidad.

55. Es indudable que el Derecho uniforme consiste en la técnica de reglamentación óptima para las transacciones comerciales internacionales, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos. No obstante, resulta menester realizar una serie de consideraciones previas de carácter delimitador. Por un lado ha de atenderse al volumen de coordinación pretendido, que puede ser diverso a partir de la distinción entre la simple armonización normativa, en la que a se percibe únicamente la existencia de una serie de principios reguladores aunque se mantiene la diversidad entre las reglamentaciones en presencia, y la unificación propiamente dicha. Por otro lado debe distinguirse entre esta última, que está integrada por un conjunto de normas adoptadas por un grupo de Estados que mantiene una voluntad común de someterse a una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas, y el Derecho unificado que hace referencia al resultado

---

<sup>156</sup> Resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. No obstante, esta regla general registra excepciones, como hemos visto, en el ámbito de los transportes y, más recientemente, en el de la venta internacional de objetos corporales merced a la labor de instituciones tales como la Uncitral. Pero incluso en estas materias que, como puede observarse, se centran en aspectos muy concretos del Derecho del comercio internacional, y que contaban con la existencia de abundantes «prácticas comunes», las dificultades de aplicación son muy numerosas.

<sup>157</sup> Se trata de una clasificación coincidente en términos generales con la ofrecida por G.A.L. Droz, «Regards sur le droit international privé...», *loc. cit.*, pp. 375-380.

normativo en el que desemboca un proceso de unificación del Derecho, que puede materializarse a través de distintos cauces: Leyes Modelo, Leyes Uniformes, tratados de unificación y, en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración, ciertos instrumentos propios que, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea pueden adoptar distintas fórmulas como, especialmente, Directivas, Reglamentos o Convenios internacionales. A partir de aquí, el Derecho uniforme no sería otra cosa más que el Derecho unificado a través de único procedimiento: la Ley Uniforme, instrumentalizada siempre a través de un tratado internacional.

Dentro de estas nociones previas resultan obligada la clásicas distinciones entre la unificación de las normas materiales y la unificación de las normas sobre conflicto de leyes, sobre la que volveremos más adelante<sup>158</sup>, y la distinción entre la unificación referida únicamente a las relaciones mercantiles internacionales y la unificación que incluya asimismo los supuestos conectados exclusivamente con un ordenamiento estatal; esto es, una unificación que abarque conjuntamente las relaciones del tráfico interno y las internacionales. Y debemos ser conscientes que, por el momento, los resultados de la práctica no se encaminan en esta última dirección suscitándose graves problemas de delimitación normativa pues mientras que la situación internacional puede quedar dentro de un régimen internacional unificado la misma situación si es meramente interna queda regulada por las normas de cada uno de los Derechos materiales en presencia.

## B) TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN

56. Mas el particularismo, la necesidad de un ahondamiento metodológico y los intereses hegemónicos no son los únicos problemas en presencia. Un segundo grupo de ellos atañe a las técnicas de codificación. Al margen de las experiencias que únicamente son factibles en determinados círculos jurídicos que cuentan, además, con procedimientos de interpretación uniforme<sup>159</sup>, los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Uniformes y en Leyes Modelos, que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo. Por eso conviene no sacralizar el proceso de unificación internacional y mucho menos su formalización a través de un procedimiento de normación internacional: la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor y las construcciones basadas en su supuesta bondad por descansar, pura y simplemente, en un texto internacional deben aceptarse con muchas reservas<sup>160</sup>. El fenómeno de la unificación, here-

<sup>158</sup> *Vid. infra*,

<sup>159</sup> J.C. Fernández Rozas, «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5236-5237.

<sup>160</sup> Resulta expresiva de esta idea la vieja afirmación de M. Mateucci, de que la unificación jurídica es el fin de toda fuente internacional (Cf. «Introduction à l'étude systématique du droit uniforme», *R. des C.*, t. 91, 1957, pp. 388-389).

dero del postulado de la armonía internacional de soluciones, no es un fin en sí mismo, no es un valor abstracto. Únicamente puede calificarse de positivo si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas; si, en rigor, sirven para clarificar y racionalizar las soluciones internas.

57. La uniformidad a través del tratado internacional este acusa los problemas generales que caracterizan a esta particular técnica codificadora<sup>161</sup>. En primer lugar, el eventual déficit democrático, por la frecuente desvinculación de los negociadores con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e internacional. En segundo término, desde una perspectiva centrada en la nueva *lex mercatoria*, por constituir la unificación convencional una expresión del positivismo en el sentido de que permite a los Estados preservar su capacidad de control en la creación del Derecho; se asiste de esta suerte a un fenómeno paralelo al producido en la legislación interna, pudiendo reprocharse a ambos un exceso de cantidad y un defecto de calidad<sup>162</sup>. En tercer lugar, por ser el resultado de intereses muchas veces antagónicos que se plasman en compromisos que sacrifican la necesaria sencillez de las normas unificadas dando lugar a textos ambiguos que ofrecen numerosas dificultades al intérprete. En cuarto lugar, por la rigidez que entrañan muchas soluciones convencionales, toda vez que la rápida evolución del comercio internacional puede convertir en obsoletos en un breve espacio de tiempo convenios que no incorporan mecanismo flexibilizadores en su articulado; esta rigidez es fruto muchas veces de la ausencia de un poder político distinto de los Estados, que impulse la elaboración de los convenios y su grado de cumplimiento y de adecuación a la realidad social. En quinto lugar, por los problemas que ofrece la incorporación de los tratados unificadores en el orden interno de los Estados que han prestado su consentimiento en obligarse pues a partir de ella pueden enfrentarse a la aparición de diversos subsistemas en función de los efectos que la norma convencional despliegue; estos subsistemas generalmente son dos: uno de fuente interna y otro de fuente convencional, cuestión esta a la que hay que debe agregarse el problema de la aplicación del convenio en las distintas unidades territoriales caso de encontrarnos ante un Estado plurilegislativo<sup>163</sup>. En sexto lugar, la incorporación del convenio de Derecho uniforme se vincula a la recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales en el proceso de aplicación del Derecho; la interpretación judicial a través de categorías jurídicas del foro o la eventual acción del orden público son elementos que dificultan la puesta en práctica de una sana asimilación del Derecho unificado por parte de las instancias nacionales. Finalmente, el juego de las cláusulas del instrumento interna-

<sup>161</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas, «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados», *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 43-44.

<sup>162</sup> Cf. B. Oppetit, «Le droit international privé, droit savant», *loc. cit.*, p. 422.

<sup>163</sup> S. Sánchez Lorenzo, «La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131 ss.

cional que contiene el resultado unificador, en lo que respecta a los ámbitos de aplicación material, temporal y territorial del convenio, tampoco contribuye a una difusión de este particular conjunto normativo; a lo que hay que añadir la circunstancia de que cada vez es más frecuente el fenómeno de convenios que se suceden en el tiempo dando lugar a «conflictos de convenciones» que a veces resultan de difícil solución por el funcionamiento de las cláusulas que incorporan<sup>164</sup> o por guardar silencio sobre esta cuestión. Y ello al margen del juego de las reservas, particularmente relevante en los convenios reguladores de las transacciones mercantiles internacionales<sup>165</sup>.

58. Esta inadecuación de las técnicas codificadoras protagonizadas por los Estados, cuyos objetivos no se acomodan plenamente a las necesidades de los operadores económicos, ha suscitado una honda preocupación en torno a los costos y a la propia rentabilidad del movimiento internacional en pro de la unificación del Derecho mercantil<sup>166</sup>, que llegan a cuestionar muy seriamente su utilidad práctica. Basta comprobar los resultados deparados por el paradigma de los Convenios de unificación del Derecho de los negocios internacionales que es el Convenio de Viena de 1980: si tenemos en cuenta que sus normas son preferentemente de Derecho dispositivo, que poseen una vocación esencialmente subsidiaria, que se refieren a una modalidad contractual relativamente simple y universalmente conocida y que, por añadidura no elimina la denominada «autonomía conflictual» (art. 6), no podemos por menos de desconfiar de esta metodología codificadora. Las técnicas alternativas basadas en el *soft law* que cada vez proliferan más son una consecuencia directa de esta situación, como también lo es la posibilidad de que los particulares puedan, en uso de su autonomía de la voluntad, excluir la aplicación de determinado instrumento internacional de unificación de sus relaciones concretas<sup>167</sup>; y ello pese a las consecuencias contradictorias con los objetivos unificadores pretendidos.

59. Además, los convenios de Derecho uniforme tienen la virtud de restringir su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno; esta dimensión suscita, como es lógico, un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes. El Derecho uniforme utiliza, en puridad, preferentemente al tratado internacional de carácter multilateral como cauce de positivación, lo

---

<sup>164</sup> S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 41 ss.

<sup>165</sup> Por ejemplo, la contenida en el art. 95 de la Convención de Viena de 1980. *Vid.* A.L. Calvo Caravaca, «Consideraciones en torno al art. 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de Mercaderías», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1342-1347.

<sup>166</sup> F.J. Garcimartín Alférez, «El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales...», *loc. cit.*, p. 30.

<sup>167</sup> Un ejemplo paradigmático se contiene en el art. 6 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías. *Vid.* A.L. Calvo Caravaca, «La convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, Madrid, La Ley, 1994, pp. 382-403.



cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada, inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional. Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han adquirido por lo general un número importante de Estados parte. Por ejemplo, resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. No obstante, esta regla general registra excepciones en el ámbito de los transportes y, más recientemente, en el de la venta internacional de objetos corporales merced a la labor de instituciones tales como la Uncitral. Pero incluso en estas materias que, como puede observarse, se centran en aspectos muy concretos del Derecho del comercio internacional, y que contaban con la existencia de abundantes «prácticas comunes», las dificultades de aplicación son muy numerosas.

### 3. Ámbito del *soft law* en el Derecho de los negocios internacionales

#### A) FLEXIBILIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

60. En íntima relación con la *lex mercatoria* y su recepción por los organismos internacionales, no puede olvidarse la importante acción que en este ámbito despliega el denominado *soft law* («Derecho flexible») en la unificación del Derecho de los negocios internacionales<sup>168</sup>. Desde un punto de vista amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluirían asimismo otros elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar las decisiones y proposiciones jurídicas. Desde esta última perspectiva, la flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa<sup>169</sup>. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho del comercio internacional y gracias a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización. La flexibilización de las fuentes apunta, pues, a un desarrollo más flexible del Derecho por parte del propio legislador. Aparece así el concepto de *soft law* o *droit assourdi*. A unas normas blandas o abiertas para el juez o el árbitro, corresponde unos instrumentos,

---

<sup>168</sup> Vid. I. Seidl-Hohenveldern, «International Economic Soft Law», R. des C., 1979, pp. 173 ss.; P. Sarcevic, «Unification and Soft Law», *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck à l'occasion de son 65<sup>ème</sup> anniversaire*, Friburgo, 1990, pp. 87 ss.; G. Abi-Saab, «Eloge de droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à Francois Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 59 ss.

<sup>169</sup> S. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de Siglo», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1996, pp. 149 ss., esp. p. 159.

soportes o fuentes también blandos. Estaríamos pues ante un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, sin embargo, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter preferentemente dispositivo.

El *soft law* es un concepto particularmente operativo en el Derecho internacional público, y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc., sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actuación judicial. Desde el punto de vista del Derecho mercantil internacional, el Derecho económico internacional es el sector particularmente afectado por este *soft law* que más nos interesa, así como el arbitraje comercial internacional es donde encuentra su máxima expresión. La proliferación de Leyes-modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos normativos característicos del Derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan como fuentes a menudo en sentido impropio, y pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, como, indirectamente, por el intérprete<sup>170</sup>.

61. La función del *soft law* en el marco de las transacciones comerciales internacionales puede ser concebida desde dos perspectivas diversas. Respecto del legislador es susceptible de configurar una directriz habilitante, por ejemplo, a través de una directiva comunitaria; pero también puede perseguir un efecto dinamizador, simplemente abriendo nuevas áreas de expansión del Derecho; en éste último sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del Derecho, sin soportar los costes de negociación que supone un proceso de este tipo y, de esta suerte, sí interesa la posibilidad de insertar en su razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente a su ordenamiento nacional, como *ratio scripta*. Sin embargo, un abuso del *soft law* en el arbitraje puede responder, según los casos, a una búsqueda de fuga del Derecho que pretende básicamente convertir la *lex mercatoria* en fuente del Derecho, cuando no proponer un nuevo realismo jurídico que vendría a identificar el Derecho con la doctrina del Derecho. La segunda perspectiva se centra en el marco judicial y contempla la posibilidad que tienen los jueces para utilizar este Derecho impropio, no incorporado a su ordenamiento jurídico, como instrumento de construcción y o de interpretación de sus soluciones; la utilización de estas «normas narrativas» es, sin duda, una actividad factible pero condicionada a que se utilice como argumento adicional, que evidencia una serie de postulados existentes en determinados círculos jurídicos, y que puede fundamentar una decisión<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> G. Abi-Saab, «Eloge du droit “droit assourdi” (quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain)», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 64-68.

<sup>171</sup> J.M. Van Dunne, «Narrative Coherence and Its Function in Judicial Decision Making and Legislation», *AJCL*, vol. 44, 1996, pp. 463-486.

## B) LAS LEYES MODELO

62. Ello no significa desconocer nuevas técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional. Ante la reticencia de los Estados a incorporarse a Leyes Uniformes, en una defensa a ultranza de sus particularismos jurídicos, se acude a un cauce mucho más flexible, cual es el de la Ley Modelo, que juega un papel cada vez más importante como cauce para la aproximación de las legislaciones al proporcionar a los Estados un gran margen de libertad al decidirse a regular una materia concreta a partir de soluciones aceptadas internacionales. Y ello sin desconocer que se trata de una técnica de codificación «alternativa» que ofrece un menor nivel de cooperación internacional configurándose muchas veces como una solución puntual a una concreta situación que como un mecanismo genérico de codificación<sup>172</sup>. Una ley modelo es un texto legislativo que suele ser adoptado por lo general en el seno de una Conferencia internacional, que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno. No tiene un carácter obligatorio directo, incluso los Estados no tienen obligación alguna de comunicar al órgano codificador o a otros Estados que ha incorporado al texto, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha Ley modelo. El procedimiento presenta una ventaja añadida y que en el procedimiento de incorporación al Derecho interno el Estado puede modificar o suprimir alguna de sus disposiciones, superando la práctica tradicional de las reservas que se produce cuando lo que se adopta es un texto convencional; dicha práctica no suele estar bien acogida en el ámbito de la codificación mercantil, incluso muchos acostumbrando los convenios a limitar escrupulosamente su alcance con carácter excepcional. Y, en todo caso la flexibilidad que caracteriza a esta técnica permite al legislador adaptar el texto modelo a sus peculiaridades internas, por ejemplo de naturaleza procesal; bien entendido que las instituciones codificadoras recomiendan encañonadamente a los Estados que no recurran a esta práctica para hacer más efectiva la labor codificadora.

63. La Uncitral, institución codificadora predominante en el sector, ha adoptado en los últimos tiempo esta técnica en un intento de superar reticencias estatales y de expandir una serie de principios de base en relación con ciertas instituciones. Un ejemplo significativo ha sido la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aunque no ha dado los frutos que de ella se esperaban; baste comprobar el desinterés del legislador interno respecto de la misma, en las posteriores Leyes estatales sobre arbitraje, señaladamente, la española de 1988. Otro ejemplo ha sido la Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza de 1997 que ha sido tenida en cuenta en las modernas codificaciones y que es un ejemplo de cómo puede buscarse una adaptación del texto tipo con las normas procesales de los Estados. Sin embargo esta técnica no se ha generalizado en todos los foros internacionales de codificación; por ejemplo,

---

<sup>172</sup> A.L. Calvo Caravaca, «Las fuentes del Derecho internacional privado», *RGD*, 1986, p. 5075.

la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado ha descartado desde hace muchos años la posibilidad de armonizar las normas de conflicto de leyes a través de leyes modelo, técnica propuestas por los representantes norteamericanos<sup>173</sup>; aunque esta situación que se ha flexibilizado en los últimos tiempos<sup>174</sup>.

### C) CÓDIGOS DE CONDUCTA

64. Al lado de las leyes modelo, se encuentran los denominados «códigos de conducta», que constituyen también instrumentos jurídicos que pretenden regular algunos aspectos de las relaciones privadas internacionales como, principalmente, las actividades de las empresas multinacionales en los países de acogida. Su origen no es otro que la reglamentación de la práctica comercial existente en el mundo de las empresas al margen del intervencionismo del Estado; posteriormente esta técnica pasará al ámbito del Derecho marítimo conformando un catálogo de reglas pactadas entre empresas navieras<sup>175</sup>. En la actual etapa de las relaciones comerciales internacionales se concibe a los códigos de conducta como un conjunto de principios y de normas relativos a ciertos agentes internacionales incorporados en un único instrumento jurídico que es adoptado por los Estados; constituyen una suerte de acuerdos sistemáticos de normas, generalmente de carácter programático, que regulan la conducta de unos determinados sujetos del comercio internacional en unos ámbitos concretos de actuación. Las nota definitoria de estos instrumentos no es otra que la flexibilidad, que se refleja en el cumplimiento voluntario de sus postulados y en la autorregulación que incluyen al margen de las normativas estatales. Mas la inclusión del término «código» muestra una orientación sistemática en el agrupamiento de las disposición que se recopilan o, si se quiere, una determinada voluntad de construir un cuerpo normativo coherente que lo distinga de una mera recopilación. Ello implica un cierto grado de unidad o integración en su contenido.

Para el mejor conocimiento de estos instrumentos deben tenerse en cuenta una serie de elementos. De un lado, que las actividades o comportamientos que un código de este tipo se esfuerza por reprimir se encuadran en un marco de vacío jurídico producido por la insuficiencia de las reglamentaciones nacionales; de otro lado, porque pretende dar respuesta a un conflicto de intereses entre Estados, aunque sus destinatarios principales sean los particulares. Dicho conflicto puede ser

---

<sup>173</sup> K.H. Nadelmann y K.H. Reese, «The American Proposal at the Hague Conference on Private International Law to Use the Method of Uniform Laws», *AJCL*, 1958, pp. 239-247; K. Nadelmann, «Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 37-51; A. Marín López, «La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el método de las leyes modelo», *RDEA*, n.º 24, 1969, pp. 33-48.

<sup>174</sup> *Vid. supra*.

<sup>175</sup> R. Rodière, «Le code de conduite des Conférences maritimes», *Journ. dr. int.*, t. 103, 1976, pp. 335 ss.; L. Stampeli, «Le code de conduite des Conférences maritimes —exemple d'un nouvel instrument du droit international du développement?», *Rev. belge dr. int.*, vol. XII, 1976, pp. 90-115; A. Fernández Tomás, «Los códigos internacionales de conducta; nuevos instrumentos de regulación para el nuevo orden económico internacional», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV, 1977-1978, pp. 199-238.

variado: país de origen y país de acogida en el caso de las empresas multinacionales; país exportador y país importador en el caso de transferencia de tecnología; país transportista y país cargador en el caso del transporte marítimo, etc. Por desdoblado dicho marco incorpora una reglamentación libremente consentida: la fuerza obligatoria del código de conducta depende en gran parte del carácter imperativo de las disposiciones que incorpora y, sobre todo, de su grado de precisión.

65. Los códigos de conducta constituyen, junto con las leyes modelo, instrumentos jurídicos que en principio carecen de fuerza legal poseyendo en tal sentido un fundamento similar a las de las leyes modelos: ante la extrema dificultad de sancionar una convención internacional sobre determinada materia, se «formula» un instrumento que define reglas o *standards* básicos de conducta; y que podrían ser incorporados voluntariamente por las partes en sus contratos, o tal vez aplicados como usos, o inclusive como principios jurídicos. Mas a diferencia de las leyes modelo, los códigos de conducta están dirigidos a los particulares, y no a los Estados; y en su elaboración o formulación intervienen tanto organismos de carácter estrictamente privado como organismos intergubernamentales<sup>176</sup>. Por ejemplo, la relación entre el factor exportador y el factor importador suele estar regulada por determinados códigos de conducta o *agreements* creados en el ámbito de los distintos grupos o «cadenas» de factores para el desarrollo de sus actividades. Una de las regulaciones más importantes existentes hasta el momento en el ámbito del contrato que nos ocupa es el *Code of International Factoring Customs (IFC)* promulgado por la *Factors Chain International* (última revisión junio 1990); este texto regula de manera detallada la asunción del riesgo, las obligaciones de pago, las remuneraciones, incumplimientos, indemnizaciones, etc., remitiendo las controversias a las reglas de arbitraje de la *Factors Chain International*.

66. Los Códigos de conducta pueden responder a determinadas acciones internacionales o internas o derivar de modelos de integración económica en un intento de establecer un régimen normativo en un determinado sector. Un ejemplo concreto lo suministra el régimen del mercado de valores modelado por la Comisión de la Unión Europea a partir de la Recomendación 77/524/CE, de 25 de julio de 1977, sobre un código de conducta europeo relativo a las transacciones de valores mobiliarios<sup>177</sup>. Dicho Código condicionó directamente el ordenamiento español tras el ingreso de España en la Comunidad Europea, como muestra el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Vid. H.W. Baade, «The Legal Effects of the Code of Conduct for Multinationals» (N. Horn, ed.); *Legal Problems of Rules of Conduct for Multinational Enterprises, Studies in Transnational Economic Order*, vol. 1, Deventer, Kluwer, 1980.

<sup>177</sup> C. Lempereur, «Los code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1978, pp. 249 ss.

<sup>178</sup> Desarrollado por las OO MM de 25 de octubre de 1995 y de 7 de octubre de 1999 sobre la puesta en marcha del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, para regir las relaciones entre las entidades gestoras de cartera y sus clientes.

## D) GUÍAS LEGISLATIVAS

67. Otra manifestación del *soft law* viene determinada por las denominadas «Guías legislativas», esto es, un texto puramente indicativo elaborado por una institución internacional que evite los inconvenientes que ofrece la codificación a través de tratados internacionales. El empleo de esta técnica se ha generalizado en los últimos años en el seno de la Uncitral partiendo de la base de la tendencia a la autonomía legislativa que suele experimentar el legislador estatal a la hora de codificar determinadas cuestiones del Derecho de los negocios. De esta suerte la «Guía legislativa» suele acompañar al texto de una «Ley modelo» con el propósito de que ésta última resulte de mayor utilidad al legislador interno por su carácter de explicación general del texto unificado que va dirigida preferentemente al legislador interno a quien concierne la redacción de las normas. Sin embargo, las guías tienen como función facilitar la consulta del texto legal por parte del conjunto de los operadores jurídicos incluyendo los jueces y a los profesores.

Ciertamente, el estudio de estas «guías» debe realizarse en el contexto de general de la codificación llevada a cabo en la Uncitral y se vinculan a proyectos de mayor envergadura, principalmente a través de leyes modelo. Sin embargo pueden adelantarse una serie de ejemplos significativos de su progresión como método alternativo y eficaz. El primero de ellos lo ofrece la materia concursal cuya propia complejidad hizo descartar técnicas tradicionales como el tratado internacional inclinándose al órgano de las Naciones Unidas a la elaboración de una Guía que se limita a incorporar una serie de «recomendaciones legislativas» con el propósito de favorecer el establecimiento de un marco legal favorable que de respuesta a las diversas situaciones de insolvencia que puedan afectar a un deudor. En segundo ejemplo viene con es la Guía Jurídica de la Uncitral sobre Transferencias Electrónicas de Fondos publicada en 1987, que describe los problemas jurídicos que se plantean en las transferencias de fondos por medios electrónicos y examina algunos criterios para solucionarlos<sup>179</sup>; su propósito es era otro que favorecer la armonización internacional en este sector por eso recopila los elementos comunes a la legislación y a las prácticas bancarias existentes propiciando la adaptación de las normativas estatales en presencia. Un tercer ejemplo lo suministra la Guía Jurídica de la Uncitral para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales que fue publicada en febrero de 1988 y que presta atención a las principales cuestiones jurídicas que se plantean en relación con la construcción de instalaciones industriales, abarcando la etapa previa al contrato, la etapa de la construcción y la posterior a la construcción, y sugiere a las partes posibles formas de abordar estas cuestiones en sus contratos; se elaboró esta Guía teniendo muy en cuenta los problemas especiales que se plantean a los compradores de bienes en países en desarrollo.

Por fin, otro ejemplo se refiere a los proyectos de infraestructura con financiación privada que cuentan con otra Guía aprobada por la Uncitral en ju-

---

<sup>179</sup> Cnudmi, *Guía jurídica de la Cnudmi sobre transferencias electrónicas de fondos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1987.

nio de 2000 que pretende ayudar a los Estados a preparar o modernizar un marco legal apropiado para los proyectos de infraestructura con financiación privada; en particular, se prevé que sea de especial interés para aquellos países que tratan de atraer inversiones extranjeras para financiar este tipo de proyectos. No obstante, la Guía mantiene un equilibrio entre, de una parte, los intereses privados, y, de otra parte, los públicos, especialmente los intereses del país anfitrión, así como los intereses de los usuarios del servicio o de la instalación de infraestructura. Desde la perspectiva del sector privado, los proyectos de infraestructura con financiación privada y su normativa tienen como objetivo garantizar la firmeza, estabilidad y transparencia de la concesión. Asimismo, la Guía cuenta con un régimen protector de las inversiones y de garantías adecuadas que trata de evitar las injerencias no justificadas de la autoridad contratante. Desde el punto de vista de los intereses públicos, se estima imprescindible que los proyectos de infraestructura garanticen plenamente la continuidad del servicio y la observancia de ciertas normas relativas a la seguridad y a la protección del medio ambiente. Además, la autoridad pública ha de conservar determinadas potestades como la de supervisión del funcionamiento adecuado del proyecto, o la de revocación de la concesión por inobservancia de los requisitos aplicables.

En definitiva, a través de la técnica de las «Guías» se aconseja a los Estados la incorporación de un conjunto de principios y reglas de actuación que, a la postre, conducen a la armonización de importantes instituciones del comercio internacional dentro de la Uncitral<sup>180</sup>.

68. Otra institución que también está utilizando últimamente esta técnica es el instituto de Roma, mereciendo destacarse la Guía de Unidroit sobre los acuerdos marco de franquicia internacional que ofrece un exhaustivo examen de estos acuerdos, desde su negociación y diseño hasta el final de la relación y sus efectos, así como la posición de las partes directamente implicadas. La versión inglesa de la guía fue presentada en la Conferencia de la *International Bar Association* celebrada en Vancouver en septiembre de 1998. La Guía es útil no sólo para los abogados u operadores especializados en la materia sino también para los funcionarios de los Gobiernos, jueces y árbitros que, cada vez más frecuentemente, se enfrentan a casos relacionados con ella.

#### 4. Interacción de métodos

##### A) UNIFICACIÓN DEL DERECHO CAMBIARIO

69. Las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio internacional han creado tradicionalmente obstáculos al comercio por lo que desde los orígenes de las organizaciones internacionales se consideró muy seriamente la creación de instrumentos codificadores que desempeñaran un papel

---

<sup>180</sup> También cabe hacer referencia a la Guía Jurídica Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992), o la Guía Jurídica de la Cnudmi para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (1988).

activo en la reducción o en la eliminación de esos obstáculos. Como curiosidad histórica interesa retener que aunque la Sociedad de las Naciones no emprendió un proceso global tendente a la codificación del Derecho del comercio internacional, si se ocupó sectorialmente de la cuestión. Baste recordar que el art. 23, e) del Pacto disponía que los Miembros de la Sociedad tomarían «las disposiciones necesarias para asegurar la garantía y el mantenimiento de la libertad de las comunicaciones y del tránsito, así como un trato equitativo para el comercio de todos los Miembros...». Ello explica que los Convenios surgidos bajo los auspicios de esta Organización posean un contenido marcadamente económico, acorde con el intento de restauración del sistema liberal imperante hasta la guerra de 1914-1918. La crisis económica de 1929 explica, de otra parte, su escaso número. En definitiva, en aquellos años no se contaba con un momento favorable para la codificación del Derecho del comercio internacional<sup>181</sup>.

Al margen de otros antecedentes en el siglo XIX y con carácter casi coetáneo a su fundación en Bruselas la «International Law Association» comenzó a considerar desde el punto de vista de la «codificación privada» la importancia de una reglamentación de la letra de cambio en la codificación mercantil internacional en función de las exigencias de seguridad derivada de su carácter de título de crédito<sup>182</sup>. Los resultados se concretaron en las denominadas «Reglas de Bremen» (1876-1877) y la Ley-tipo discutida en Amberes y Bruselas (1885-1888). A su lado, supusieron otro importante hito en la historia de la reconstrucción del papel internacional de los títulos valores los trabajos del «Instituto de Derecho Internacional»<sup>183</sup> que tras una serie de trabajos aprobó en su reunión de Munich un informe y una Declaración de Principios que condujeron en la reunión de Bruselas de 1985 a la adopción de un Proyecto de Ley uniforme y de un proyecto de regulación internacional de los conflictos de leyes en materia de letras

---

<sup>181</sup> Pese a ello, debemos a la SdN, entre otros, los siguientes textos internacionales: Protocolo relativo a la validez de las cláusulas de arbitraje en los contratos comerciales, hecho en Ginebra el 24 de setiembre de 1923; Convención concerniente al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero, hecha en Ginebra el 26 de setiembre de 1927; Convención concerniente a ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad y Protocolos anexos, hechos en La Haya el 12 abril 1930; Convención destinada a regular ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden; Convención conteniendo la Ley Uniforme sobre las letras de cambio y pagarés a la orden y Convención relativa al derecho del timbre en materia de letras de cambio y de billetes a la orden, hechas en Ginebra el 7 junio 1930, etc.

<sup>182</sup> Un completo examen de la unificación del Derecho cambiario se encuentra en la monografía de S. Sánchez Lorenzo, *Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 43-65; M. Checa Martínez, «Hacia una letra de cambio internacional, RCEA, vol. III, 1992, pp. 77-92.

<sup>183</sup> Esta institución fue fundada el 8 de setiembre de 1873 en Gante (Bélgica), con carácter independiente de cualquier influencia gubernamental por once eminentes iusinternacionalistas con la finalidad de contribuir al desarrollo del Derecho internacional. El Instituto de se reúne en principio cada dos años y estudia las cuestiones elegidas por su Asamblea Plenaria a través del trabajo realizado por las Comisiones. La Asamblea cuando lo considera oportuno adopta una «Resolución» que ofrece un carácter normativo y que en algunos casos ha tenido una proyección relevante en la codificación del Derecho internacional público y del Derecho internacional privado. No en vano dichas Resoluciones son puestas en conocimiento de las autoridades gubernamentales, de las organizaciones internacionales, señaladamente las dedicadas a la codificación y de la comunidad científica en general.



de cambio y pagarés a la orden. Posteriormente, en 1910, el Gobierno holandés reunió en La Haya una Conferencia que adoptó un Anteproyecto de Convenio sobre unificación del Derecho cambiario y pagarés y un anteproyecto de Ley uniforme sobre la misma materia; dos años después, una segunda Conferencia sobre la base de los anteriores trabajos adoptaría un Convenio sobre unificación del Derecho cambiario que se abrió a la firma de los delegados. Dicho instrumento ofrece gran importancia, no sólo por ser el inspirador directo de la Ley Uniforme de 1930, sino porque pasó a convertirse en Derecho positivo para varios Estados (Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Paraguay, Polonia y Turquía).

70. Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, la Cámara de Comercio internacional reemprendió los trabajos de codificación entre los años 1921 a 1925, al tiempo que la «Conferencia Financiera Internacional» auspiciada por la Sociedad de Naciones adoptaría en 1920 una resolución invitando a esta Organización a unificar el Derecho cambiario. En vista de ello la Comisión Económica y Financiera de la Sociedad de Naciones inició los trámites que habrían de conducir a la Conferencia de Ginebra de 1930, la tercera en la unificación del Derecho cambiario, que adoptó en los años 1930 y 1931 dos Leyes uniformes sobre la letra de cambio y el pagaré y sobre el cheque (acompañadas de disposiciones, asimismo uniformes, relativas a los conflictos de leyes suscitados por el empleo de estos documentos y al «timbre» o régimen fiscal que les resulte aplicable), que responden en su contenido esencial a los grandes principios del Derecho germánico, pero que permiten a las legislaciones de inspiración francesa salvar puntos esenciales de su tradición (por ejemplo, la regulación de la provisión de fondos) acogiéndose a las «Reservas» o cláusulas de salvaguardia y excepción admitidas. Esta legislación uniforme ha adquirido carta de naturaleza en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales europeos integrados en la UE y en otros muchos países ajenos a tal organización; sin embargo los grandes ausentes fueron los países anglosajones. Además no contiene una regulación total pues se excluyen de su ámbito de aplicación ciertas cuestiones como la capacidad del suscriptor cambiario o las denominadas letras de complacencia, remitiéndose a la legislación material de cada Estado para otras materias.

Es suficientemente conocida la actitud tradicional de la doctrina española ante el Derecho cambiario ginebrino, toda vez que España firmó sus instrumentos de base aunque no los ratificó pese a que la Comisión Jurídica Asesora emitió un informe favorable durante la Segunda República, llegando a publicarse los textos en la *Gaceta de Madrid*. Resulta de obligada la referencia la posición de F. de Castro quien mantenía que aunque la Ley uniforme no fuese adoptada por el Gobierno español tendría, no obstante, un influjo decisivo en las soluciones jurisprudenciales<sup>184</sup>. Por fin, aunque muy tardíamente, la incorporación vino de la mano de la Ley 19/1985, de 16 de julio dándose un paso

---

<sup>184</sup> F. de Castro y Bravo, *El Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930, destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden (discurso de apertura del curso 1939/40 en la Universidad de Madrid)*, Madrid, 1939.

decisivo en la renovación del Derecho mercantil español en el contexto de las legislaciones de nuestro entorno.

## B) TRANSPORTE MULTIMODAL

71. Desde antiguo se ha buscado la uniformidad reguladora en el transporte multimodal en un intento de superar la diversidad de los regímenes legales en presencia, mas las sucesivas propuestas de regulación uniforme del contrato de transporte combinado no han tenido éxito hasta la fecha, a pesar de que la materia ha figurado desde antiguo en instituciones codificadoras como el Unidroit y, en cualquier caso, como toda la materia concerniente al transporte internacional de mercancías el alcance unificador se ha centrado en la práctica en el continente europeo. Por ejemplo, el Convenio de Ginebra, de 24 de mayo de 1980, sobre transporte internacional multimodal de mercancías (CMT) no ha entrado en vigor, ya que no lo se han incorporado a él el número necesario de Estados. Debido a esto, la regulación de las relaciones juridico-privadas que surgen de los contratos de transporte combinado, debe analizarse observando las reglas y condiciones generales de la contratación elaboradas por los organismos implicados en ese modelo de contratación, y que se incluyen, habitualmente, en los documentos de transporte empleados en los mencionados contratos de transporte combinado.

Los principales referentes son: la Reglas uniformes para un documento de transporte combinado, de 1975 (creadas por la Cámara de Comercio Internacional) y las Reglas uniformes para documentos de transporte multimodal, de 1992 (creadas y difundidas por la Cámara de Comercio Internacional y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo —UNCTAD—). En estas reglas se recoge, básicamente, el régimen de responsabilidad del transportista. Como quiera que sea, durante el período de noviembre de 1986 tanto las «Reglas de Hamburgo» como el CTM no habían entrado en vigor y la comunidad comercial internacional venía utilizando las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) relativas al documento de transporte de mercancías basado en las «Reglas de Tokio» la Comisión de Transporte Marítimo de la UNCTAD solicitó a la Secretaría que, en consulta con la Cámara de Comercio Internacional (CCI) formulara un conjunto de Reglas relativas a los documentos de transporte multimodal basadas en las Reglas de la Haya y en las Reglas de La Haya-Visby. Algunos países promulgaron para ese entonces una legislación que incorporaba las disposiciones del CTM, pero con ciertas variantes para adecuarlo a sus propias necesidades.

En definitiva, en la actualidad existen dos regímenes multimodales de carácter universal, la CMT y las Reglas CCI/UNCTAD, que producen una situación de dispersión poco adecuada para las necesidades del transporte internacional y que obligan a la búsqueda de una solución global en el marco de la Uncitral<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> J.M.<sup>a</sup> Alcántara González, «La falta de uniformidad actual en la regulación del transporte de mercancías por mar y del transporte multimodal», *Derecho de los negocios*, n.º 117, 2000, pp. 1-10, esp. pp. 9-10.

#### IV. MANIFESTACIONES DE LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO MERCANTIL

##### 1. Labor y resultados de las Conferencias internacionales

###### A) REFERENCIA AL DERECHO UNIONISTA EN EL MARCO DE LAS PROPIEDADES ESPECIALES

72. El interés por garantizar tanto la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual más allá del país de origen como el acceso de los extranjeros a estos derechos se sintió ya con fuerza en el siglo XIX, habiendo ido en aumento en correspondencia con la importancia de la propiedad industrial en el comercio internacional. El convenio multilateral básico en este sector, vinculante para más de un centenar de países, es el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 1883 (CUP)<sup>186</sup>, en el cual participan alrededor de 150 Estados. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las invenciones, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas (indicaciones de procedencia y denominaciones de origen) y la represión de la competencia desleal.

El CUP, que parte de la estricta territorialidad e independencia de los derechos de propiedad industrial de cada país, establece el principio de tratamiento nacional o de asimilación (art. 2), en virtud del cual, los nacionales de cualquier país de la Unión, así como quienes tengan su residencia o establecimiento en uno de estos países, disfrutan en todos los demás países miembros del mismo nivel de protección de la propiedad industrial que los propios nacionales del país para el que se solicita la tutela. La protección del CUP se extiende a la propiedad industrial en sentido amplio, incluyendo todas las modalidades de derechos de propiedad industrial, las denominaciones de origen y la tutela de la competencia desleal (art. 1 CUP). Al lado del principio de tratamiento nacional, el CUP reconoce determinados derechos especiales, dentro de lo que se conoce como «tratamiento unionista». Particular importancia presenta el derecho de prioridad (art. 4 CUP), conforme al cual el solicitante de un derecho de propiedad industrial en un país de la Unión goza de un determinado plazo, entre seis y doce meses, para solicitar con prioridad el derecho en los demás países de la Unión. En materia de marcas, además del derecho de prioridad, el tratamiento unionista incluye la protección *telle quelle* de la marca (conforme al cual, las marcas válidas en el país de origen deben ser registrada sin modificaciones en los demás países unionistas, salvo supuestos excepcionales), la tutela de las marcas notorias, así como la garantía de que la vinculación entre marca y empresa en la transmisión de las marcas impuesta por algunos ordenamientos, se satisface con la transmisión de la parte de la

---

<sup>186</sup> El Convenio, concluido en 1883, fue completado por un Protocolo interpretativo en Madrid en 1891, ha sido revisado en Bruselas en 1900, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Lisboa en 1958 y en Estocolmo en 1967, y fue enmendado en 1979.

empresa que se encuentre en el país al que se refiere la marca transmitida. Ahora bien, del CUP, pese al establecimiento de un estándar mínimo, a través del llamado tratamiento unionista, no deriva una armonización significativa del régimen de los derechos de propiedad industrial de los distintos ordenamientos nacionales, que gozan de libertad, salvo contadas excepciones, para determinar los requisitos de concesión, contenido, efectos y duración de tales derechos.

73. Junto al CUP existen otros convenios multilaterales concluidos en el marco de la Unión de París a los que también España se ha incorporado, cuya característica positiva esencial ha sido la simplificación de engorrosos y dilatados procedimientos de solicitud de derechos de propiedad industrial de distintos países sobre un mismo objeto, estableciendo mecanismos de registro o depósito que mediante un procedimiento único permiten solicitar la protección del bien en varios países. Así ocurre con el Arreglo de Madrid de 1891, relativo al registro internacional de marcas, que agrupa a unos cincuenta Estados, que fue revisado en Bruselas en 1900, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Niza en 1957 y en Estocolmo en 1967, y fue enmendado en 1979 y está abierto a los Estados parte en el Convenio de París. El Arreglo establece el registro internacional de marcas (marcas de fábrica o de comercio y marcas de servicio) por la Oficina Internacional de la OMPI, en Ginebra. Los registros efectuados en virtud de este Arreglo se denominan «internacionales» porque todos los registros surten efecto en varios países y pueden extenderse a todos los Estados contratantes (salvo al país de origen). Otro importante instrumento en este sector, aunque con un número mucho más reducido de Estados parte, es el Arreglo de la Haya de 1925 sobre el depósito internacional de dibujos o modelos industriales que fue revisado en Londres en 1934 y en La Haya en 1960, que ha sido completado por un Acta Adicional firmada en Mónaco en 1961, por un Acta Complementaria firmada en Estocolmo en 1967 y por un Protocolo firmado en Ginebra en 1975 (el Acta fue enmendada en 1979). El Arreglo está abierto a los Estados parte en el Convenio de París. Los instrumentos de ratificación o de adhesión deben depositarse ante el Director General de la OMPI. El sistema aplicable conforme a las Actas de 1960 y 1967 se puede resumir como sigue. El depósito internacional de un diseño industrial puede hacerse en la Oficina Internacional de la OMPI, sea directamente o por intermedio de la oficina nacional de propiedad industrial del país contratante, que es el país de origen, si la ley de ese Estado lo permite. La ley nacional de un Estado contratante puede requerir que el depósito internacional se haga por intermedio de su oficina nacional.

74. Este marco normativo se completa con el Tratado sobre el Derecho de Marcas y el Reglamento, hecho en Ginebra en 1994 que armoniza aspectos relativos fundamentalmente a la tramitación administrativa de las solicitudes de marca en los diversos Estados, sin afectar significativamente a los requisitos de concesión de estos derechos, su contenido, infracción, etc. Este instrumento detalla cuáles deben ser los elementos integrantes de la solicitud de marca, así como las circunstancias de su presentación: representación, fe-

cha, firma, etc. Asimismo, contempla las posibilidades de introducir cambios en los nombres o en las direcciones del titular o del solicitante, las circunstancias del cambio en la titularidad del registro, corrección de errores. En la línea de uniformar las formalidades burocráticas relativas a las actuaciones ante los registros de marcas, el Reglamento incorpora una serie de formularios internacionales tipo: solicitud de registro de una marca, poder, petición de inscripción de cambio en nombre y dirección, petición de inscripción de un cambio en la titularidad respecto de registros y solicitudes de registro de marcas, certificado de transferencia de registro y solicitud, documento de transferencia, petición de corrección de errores en registros y solicitudes y petición de renovación de un registro.

75. En el sector de las patentes ocupa un lugar descollante el Tratado de Washington de Cooperación en materia de patentes de 1970, modificado en 1979 y en 1984. El Tratado, en el que participan casi un centenar de Estados, si bien no unifica el régimen de concesión, sí crea un sistema de colaboración que abarca procedimientos unificados de solicitud internacional y de búsqueda internacional, así como de examen preliminar internacional de la novedad de las invenciones. Permite escrutar protección por patente para las distintas invenciones simultáneamente en un gran número de países mediante la presentación de solicitudes de patente «internacionales». Pueden presentar tales solicitudes los nacionales o residentes de un Estado contratante y pueden presentarse generalmente ante la oficina nacional de patentes del Estado contratante de nacionalidad o de domicilio del solicitante o, a elección del solicitante, ante la Oficina Internacional de la OMPI en Ginebra. Si la nacionalidad o el domicilio del solicitante corresponde a un Estado contratante que es parte en el Convenio sobre la Patente Europea, en el Protocolo de Harare sobre patentes y dibujos y modelos industriales (Protocolo de Harare) o el Convenio sobre la Patente Euroasiática, la solicitud internacional puede presentarse también en la Oficina Europea de Patentes, en la Oficina de la Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial (ARIPO) o en la Oficina Euroasiática de Patentes (EAPO), respectivamente. La solicitud internacional se somete luego a lo que se llama «búsqueda internacional», que se lleva a cabo por una de las principales Oficinas nacionales de patentes.

76. Debe insistirse, sin embargo, en un dato: ninguno de estos convenios cuestiona la territorialidad e independencia de los derechos de propiedad industrial, ni la sustancial autonomía de cada país para fijar su régimen de protección. Mas la voluntad de reducir los obstáculos y distorsiones que para el comercio internacional derivan de los distintos sistemas nacionales de protección de la propiedad industrial, así como, en particular, el propósito de garantizar un cierto estándar homogéneo de protección de estos derechos en el marco internacional (incrementando la protección otorgada por los países menos industrializados) justifican la importancia asignada a la propiedad industrial en los acuerdos adoptados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT el 15 de diciembre de 1993, que incluyen un Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo ADPIC o Acuerdo

TRIPs)<sup>187</sup>. El Acuerdo, que no menoscaba la naturaleza estrictamente territorial de los derechos de propiedad industrial e intelectual ni su independencia, proclama el conocido principio de «trato nacional» (art. 3) así como, verdadera aportación en esta materia, el principio de «nación más favorecida» (art. 4), que implica que toda ventaja con respecto a la protección de la propiedad industrial concedida por un miembro a los nacionales de cualquier otro país debe ser extendida incondicionalmente a los nacionales de los demás Estados miembros. Hasta la entrada en vigor del Acuerdo ADPIC, el único organismo internacional activo en las materias referidas era la citada OMPI, mas este organismo internacional adolecía de graves carencias: En primer lugar, su operatividad era muy escasa a la hora de garantizar el establecimiento en las legislaciones internas de los procedimientos de observancia que el Acuerdo ADPIC exige a sus miembros respecto a los derechos incluidos en su ámbito de aplicación material. Pero además la OMPI nunca consiguió un mecanismo efectivo de arreglo de controversias entre sus Miembros, mientras que el art. 64.1.º del Acuerdo ADPIC garantiza tal efectividad al someter las controversias entre sus miembros al nuevo Entendimiento para la Solución de Diferencias de la OMC, de cuya operatividad cada vez encuentra mayores defensores.

Asimismo, el Acuerdo ADPIC establece una serie de normas materiales básicas, destinadas a asegurar un nivel mínimo de protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual en los distintos Estados participantes. Con este fin incorpora un conjunto de reglas, algunas facultativas, sobre cuestiones puntuales relativas a las marcas (objetos susceptibles de protección, contenido del derecho de marca, carácter renovable indefinidamente, transmisibilidad...), indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes (invenciones patentables, contenido básico del derecho de patente, requisitos de la solicitud, utilización por un tercero no autorizado, plazo de extensión de la protección no inferior a veinte años...), topografías de circuitos integrados, así como a los derechos de autor y derechos afines, e incluso a la tutela de conocimientos técnicos secretos por medio de normas sobre competencia desleal. El Acuerdo recoge también la obligación de los Estados parte de instaurar en las respectivas legislaciones nacionales procedimientos y recursos civiles y administrativos, incluyendo la posibilidad de adoptar medidas cautelares, que garanticen la protección efectiva de la propiedad industrial e intelectual.

## B) QUEHACER DE LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS INTERNACIONALES

77. De todos los grandes sectores comerciales del mundo el transporte marítimo es acaso el que posee el carácter más internacional. Se trata de una modalidad de transporte caracterizada desde antiguo por su peligrosidad por eso se ha estimado que la mejor manera de incrementar la seguridad en el mar consiste en elaborar reglas internacionales que sean cumplidas por todas las nacio-

---

<sup>187</sup> Vid. J.L. Iglesias Prada, *Las derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, 2 tomos, Madrid, Instituto de Derecho y Ética Industrial, 1997.

nes marítimas adoptándose a partir de mediados del siglo XIX diversos tratados al respecto<sup>188</sup>. Varios países propusieron la creación de un órgano internacional permanente destinado a fomentar la seguridad marítima más eficazmente, pero esa esperanza no se vio cumplida de forma eficaz hasta la creación de las Naciones Unidas. Teniendo el Derecho de la navegación un eminente jaez internacional, como consecuencia del carácter internacional de la navegación misma, se ha desarrollado aquí una marcada tendencia hacia la búsqueda de la unificación de las leyes nacionales; de ahí la importancia de la labor unificadora realizada en este siglo por el Comité Marítimo Internacional, la Organización de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Lo que realmente es internacional no es el Derecho marítimo como ordenamiento jurídico, sino las relaciones jurídicas que típicamente se generan en el ámbito marítimo, y que son casi siempre transnacionales. Pues bien, a una prevalencia estadística de situaciones jurídicas transnacionales responde el sistema jurídico generando Derecho uniforme y, por tal motivo, el Derecho marítimo es pionero en la producción de reglas jurídicas materialmente uniformes en el campo internacional<sup>189</sup>.

78. El Comité Marítimo Internacional fue fundado en 1897 con el propósito de la unificación internacional del Derecho marítimo a través de convenios internacionales a los que se han ido incorporando los diferentes Estados de la comunidad internacional. El método de codificación utilizado puede resumirse como sigue: se distribuye un cuestionario sobre el tema propuesto para la unificación entre las asociaciones nacionales miembros del CMI; posteriormente una Comisión es designada por su Consejo Ejecutivo para tratar el tema en general y tras la redacción del informe final de la respectiva comisión y de un eventual proyecto de convención, éste es sometido a la aprobación de las plenarias de las Conferencias convocadas por el CMI. Hasta 1979, cuando el CMI aprobaba un proyecto, lo enviaba al gobierno belga para que éste, a su vez, convocara una Conferencia Internacional de Plenipotenciarios; mas a partir de esta fecha coincidiendo con la 13.<sup>a</sup> y última de estas Conferencias Diplomáticas, esta función mediadora cesó. El Acta final de estas Conferencias, era enviada a los Estados signatarios de las mismas para su ratificación y a los otros Estados, no signatarios, para su adhesión. Finalmente, el Reino de Bélgica actuaba como depositario para las ratificaciones (y denuncias) de los Convenios. La labor unificadora del CMI ha sido muy importante; desde sus orígenes ha reunido, a través de las asociaciones nacionales, la experiencia de todas las categorías de los operadores del mar y ha podido, en consecuencia, expresar en su seno ideas que representan al mismo tiempo el punto de unión de intereses contrapuestos y el punto de llegada de experiencias operativas en todos los campos y a todos los niveles. Además, sus características de organización privada, le permitieron siempre una

---

<sup>188</sup> Vid. R. Rodière, «Les tendances contemporaines du droit privé maritime international», *R. des C.*, t. 135, 1972, pp. 345 ss.; S.M. Carbone, «La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale», *R. des C.*, t. 166, 1980, pp. 293 ss.

<sup>189</sup> J.A. Álvarez Rubio, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del País Vasco, 2000.

flexibilidad y una rapidez de acción que, por motivos institucionales, es difícilmente realizable en organizaciones de carácter gubernamental.

A través de este proceso el CMI hasta 1979 patrocinó la aprobación de una serie de Conferencias internacionales que llevaron a la aprobación de convenciones sobre diversas materias, señaladamente la asistencia y el salvamento marítimos y el abordaje; pero debe dejarse constancia que en 1924 fue aprobada en Bruselas la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, convención que se conoce como «Reglas de La Haya», en virtud de que éstas reglas, existentes con anterioridad a la Convención, fueron el antecedente e inspiración del texto internacional. Desde su aprobación, las Reglas de La Haya han regido el transporte marítimo en el ámbito internacional, convirtiéndose en el estatuto jurídico más generalizado que regulador de esta materia, contando con un número importante de Estados parte, casi un centenar, y habiendo sido incorporada a las legislaciones de mucho países. Sin ir más lejos España aceptó la invitación como se evidencia en la Ley sobre Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento, de 22 de diciembre de 1949. La finalidad del Convenio de Bruselas es establecer un régimen de responsabilidad que, aunque de una manera limitada, garantice los derechos del remitente en los casos en los que el transporte se vea afectado por circunstancias ajenas a su voluntad (retraso, pérdida, etc.). Existen dos protocolos a esta Convención, uno en 1968, conocido como las «Reglas de Visby» y otro de 1979, cuya innovación fue introducir los Derechos Especiales de Giro (DEG) como moneda de cuenta para fijar el monto de la limitación de responsabilidad.

Las convenciones del CMI no fueron resultado de proyectos elaborados exclusivamente por juristas sino el reflejo de la experiencia práctica de la gente de mar. Han supuesto, además, la convergencia de los distintos intereses, de los diversos sistemas legislativos y de las diversas concepciones jurídicas. Sin embargo, la tarea codificadora de esta institución ha experimentado una cierta decadencia en los últimos años quedando bloqueado el mecanismo de la preparación de los proyectos de convenciones internacionales y la convocatoria de conferencias, por parte del Gobierno belga, a fin de que fuesen examinados y aprobados los proyectos, mecanismo éste considerado para esa época como indispensable a falta de una iniciativa de la comunidad internacional. Por eso tras la Conferencia Centenaria del CMI, celebrada en Amberes en junio de 1997, uno de los temas más importantes de su agenda fue el análisis de su actuación futura a través de nuevos métodos de unificación que ha producido hasta ahora, además de las Reglas de York y Amberes, soluciones tales como las Reglas para la determinación de daños y perjuicios en casos de Abordajes, Reglas de interpretación de los términos de estadía en los fletamentos por viaje, un estudio comparativo de los contratos de construcción de buques (con cláusulas modelos), Reglas para el arbitraje marítimo internacional, Reglas sobre el Estatuto de los aerodeslizadores y de los accesorios de navegación costa afuera (*offshore mobile craft*), un estudio sobre la responsabilidad y relaciones de las sociedades de clasificación, las Reglas de París sobre los conocimientos de embarques nominativos no en-dosables (*sea way bills*) y las Reglas de París sobre Conocimientos de Embar-



que Electrónicos. A partir de aquí la institución ha encontrado una nueva vocación que es coherente con las preocupaciones de la comunidad internacional en los asuntos marítimos.

79. El Comité Marítimo Internacional ha cedido su papel protagonista en la promulgación de los textos internacionales, a distintas entidades pertenecientes al sistema de las Naciones Unidas, tales como, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (Unctad); la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) y la Organización Marítima Internacional (OMI).

En la Conferencia internacional que se celebró en Ginebra en 1948 se adoptó un Convenio mediante el cual se constituía oficialmente la OMI. Este instrumento, que entonces se conocía como Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, entró en vigor el 17 de marzo de 1958. Se inauguró la nueva Organización el 6 de enero de 1959 al celebrar la Asamblea su primer periodo de sesiones. De conformidad con una enmienda al Convenio constitutivo, que entró en vigor el 22 de mayo de 1982, se modificó el nombre de la Organización, la cual pasó a denominarse Organización Marítima Internacional que no es otra cosa que un organismo intergubernamental perteneciente a las Naciones Unidas. La adopción de legislación marítima sigue siendo la máxima preocupación de la OMI, que ha adoptado unos 40 convenios y protocolos, muchos de los cuales se han enmendado varias veces con objeto de tener en cuenta los cambios que se producen en el transporte marítimo mundial<sup>190</sup>.

En realidad, la creación de la OMI obedeció a la necesidad de elaborar instrumentos internacionales que contribuyeran a unificar la seguridad de la navegación, no obstante, sus objetivos se extienden un poco más. En efecto, en el artículo primero del Convenio Constitutivo de la OMI, se establece el consenso básico que deben perseguir sus miembros: crear un sistema de colaboración entre gobiernos para alentar y facilitar la adopción de normas tan elevadas como resulte posible en materia de seguridad marítima, eficiencia de la navegación y prevención y contención de la contaminación proveniente de buques. El objetivo fundamental de la OMI consiste en lograr la máxima seguridad de navegación y proveer medidas eficaces de lucha contra la contaminación marítima. El constante y acelerado desarrollo de las técnicas de navegación hoy día conlleva a la necesidad de elaborar normas capaces de adaptarse a la realidad y para ello la OMI, ha creado un mecanismo de aceptación tácita de enmiendas a los convenios técnicos de OMI. Este mecanismo funciona de la siguiente manera: el Comité de Seguridad Marítima o el de Protección al Medio Ambiente, se reúnen para deliberar sobre los convenios que requieran modificación, luego de esas deliberaciones se adoptan las enmiendas y en el propio texto se dispone que dicha enmienda entrará en vigor para todas las Partes Contratantes salvo que hagan expresa oposición en un periodo determinado.

---

<sup>190</sup> I. Arroyo, «Derecho Marítimo español y Convenios Internacionales: luces y sombras», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XVI, 1999, pp. 21-79.

Entre las realizaciones más importantes de la OMI, se encuentran los convenios vinculados a la responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación de hidrocarburos y a la responsabilidad civil por daños causados por el transporte de materiales nucleares. Pero también debemos hacer referencia a la Convención de Atenas sobre el transporte de pasajeros y su equipaje por mar de 1974 y 1976 y a la Convención Internacional sobre limitación de responsabilidad en reclamos marítimos de 1976 y Protocolo de 1996.

### C) UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRANSPORTES INTERNACIONALES

80. En el ámbito de los transportes los primeros precedentes de la unificación internacional se produjeron en el tráfico ferroviario a partir del Convenio de Berna de 14 de octubre de 1890, denominado «Sistema de Berna». Dicho sistema ha registrado sucesivas modificaciones, siendo las relevantes las producidas por el Convenio de Berna de 9 de mayo de 1980 (COTIF) y su Protocolo de 1990 y, más recientemente, por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999, ratificado por España el 18 de junio de 2002<sup>191</sup>. Al margen de la incidencia de la normativa de carácter público existente sobre este tipo de transporte, el contrato de transporte internacional por ferrocarril está regulado por el Convenio de Berna 1980, más concretamente en su apéndice B: Reglas Uniformes relativas al Contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (Reglas CIM). Dicho Convenio ha contado con una aceptación importante entre los Estados, incluyendo España<sup>192</sup> y ha tenido el mérito de dotar de una cierta institucionalidad a esta materia a través de la creación de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF), que se ha convertido en un instrumento fundamental para la regulación internacional de esta importante modalidad del transporte, al igual que la OMI en el transporte marítimo y la OACI para el transporte aéreo. La OTIF tiene su sede en Berna.

Las Reglas Uniformes relativas al Contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (Reglas CIM) se aplican a todas las remesas de mercancías entregadas al transporte con una carta de porte establecida para recorridos que incluyan líneas férreas de, al menos, dos Estados parte en el Convenio (art. 1). Por lo tanto, para aplicar las reglas CIM del Convenio de Berna deben concurrir las siguientes circunstancias: en primer lugar la existencia de un contrato de transporte de mercancías por el que una persona se obliga frente al remitente, a cambio de un precio, a trasladar una mercancía desde un lugar a otro, en este caso, a través de una o varias líneas férreas, entregándola en su destino en el mismo estado en que la recibió en su origen; en segundo lugar, la emisión de una carta de porte (art. 11), lo que implica que el contrato de transporte

<sup>191</sup> C. Llorente Gómez de Segura, «El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999», *Derecho de los Negocios*, n.º 148, 2003, pp. 1-12.

<sup>192</sup> En aquellos casos en los que no sea aplicable el Convenio, la normativa española aplicable a las relaciones jurídico-privadas que aparecen en el contrato de transporte de mercancías por ferrocarril (relaciones entre el transportista, remitente y destinatario) sigue siendo la de los arts. 349-379 del Código de Comercio.

ferroviario sometido al Convenio de Berna se convierte en un contrato formal, es decir, la carta de porte se transforma en un elemento esencial para la conclusión del contrato de transporte; finalmente, la internacionalidad del contrato, que aparece cuando la carta de porte señale que el transporte recorrerá las líneas férreas de, al menos, dos territorios miembros en el Convenio de Berna.

81. La principal fuente de regulación del transporte aéreo internacional es la Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929, conocida como el «Convenio de Varsovia»<sup>193</sup>. Las modificaciones más importantes que ha soportado dicho Convenio se han producido por el protocolo de la Haya de 1955, por el Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre 1961, relativo al transporte aéreo internacional realizado por persona distinta al transportista contractual, por el Protocolo de Guatemala de 8 de marzo de 1971 y por los Protocolos n.ºs 1, 2, 3 y 4 de Montreal de 25 de septiembre de 1975. Debe hacerse referencia, asimismo, al Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999<sup>194</sup>. Las especialidades del transporte aeronáutico demandan soluciones específicas que se aparten de las que regulan los demás modos de transporte y ello responde el Convenio de 1929 y sus modificaciones, que componen el denominado «Sistema de Varsovia», al cual están adheridos la mayoría de los Estados. Los tres instrumentos jurídicos señalados (Convenio de Varsovia, Protocolo de La Haya de 1955 y Convenio de Guadalajara) representan el sistema jurídico aplicable a cualquier accidente o retraso que se produzca durante el desarrollo del contrato de transporte aéreo internacional. El Convenio de Varsovia es aplicable al contrato de transporte aéreo internacional, entendiendo como internacional a los transportes aéreos que presenten algunas de las siguientes características: en primer lugar, que el punto de partida y el punto de destino que estipulan las partes en el documento de transporte estén situados en territorio de dos países diferentes participantes en el Sistema de Varsovia; en segundo lugar, que el punto de partida y el de destino acordados por las partes y fijados en el documento contractual, estén situados en un mismo país participante en el «Sistema de Varsovia», con tal de que se prevea una escala intermedia en otro diferente. Como se puede apreciar, lo verdaderamente importante es lo señalado por las partes en el documento contractual, lo cual significa que en aquellos supuestos en los que las partes estipularan que el transporte se ejecutará íntegramente en el territorio de un mismo Estado y el avión tuviera que efectuar un aterrizaje forzoso en un segundo Estado, dicho transporte no se considera como internacional. A la inversa, en los casos en los que las partes señalaran, como punto de partida y punto de destino, el territorio de dos Estados diferentes y el transporte sólo transcurriera finalmente por un sólo Estado, dicho transporte se seguirá entendiendo como internacional.

<sup>193</sup> E. Mapelli López, *El contrato de transporte aéreo internacional. Comentarios al Convenio de Varsovia*, Madrid, Tecnos, 1968.

<sup>194</sup> Hasta la fecha España es parte únicamente del Convenio de 1929 y de los Protocolos 1, 2 y 4 de Montreal de 1975.

El Convenio de Varsovia es aplicable a los transportes sucesivos, es decir a aquellos transportes que, en virtud de un sólo contrato o de contratos distintos pero relacionados entre sí, comienzan a ser prestados por un porteador que, seguidamente, es sustituido por otro u otros porteadores para realizar el resto del trayecto hasta el lugar de destino (art. 1.3.º); estos transportes aéreos sucesivos son muy habituales en el comercio internacional, debido a las intensas colaboraciones entre las empresas aeronáuticas. Sin embargo el Convenio excluye de su regulación los transportes de correo y paquetes postales (cartas, tarjetas postales, periódicos, impresos, paquetes reducidos, etc.), siempre que dicho correo sea entregado a las empresas de transportes por las administraciones postales estatales, ya que, si dichos objetos se facturaran por un particular como mercancías normales, esos contratos de transporte sí quedarían regulados por el Convenio (art. 2.2.º).

Una de las principales novedades introducidas por la Convención de Montreal respecto del sistema de Varsovia es la simplificación de los instrumentos de documentación del transporte aéreo, diferenciándose los documentos relativos al transporte de pasajeros y equipajes y los documentos que deben expedirse en relación con la carga. En materia de competencia judicial internacional el Convenio de Montreal añade un foro a los cuatro previstos en el Convenio de Varsovia: las acciones para exigir la responsabilidad por muerte o lesiones de los pasajeros podrán ejercitarse ante los tribunales de la residencia principal y permanente del pasajero al tiempo del accidente. Las partes pueden igualmente estipular por escrito la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a la responsabilidad del contratista. Se espera que el Convenio de Montreal sirva para actualizar un sistema de normas de internacionales de setenta años de antigüedad, consolidándolas en un solo instrumento legal que logre un nivel adecuado de compensación a aquellas personas que se vean envueltas en accidentes aéreos<sup>195</sup>.

82. El contrato de transporte internacional de mercancías por carretera está regulado en casi todos sus aspectos en el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 (CMR), sobre el contrato internacional de mercancías por carretera del cual España es parte junto un abultado número de Estados principalmente situados en el área europea. Desde su aprobación en 1956, el Convenio sólo ha sufrido una mínima modificación, el Protocolo de 5 de julio de 1978. El Convenio se aplica, como regla general, a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega, indicados en el contrato, estén situados en dos países diferentes y uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y la nacionalidad de las partes del contrato. Los dos datos claves para la aplicación del convenio, con independencia de los países por donde transite el vehículo que

---

<sup>195</sup> J.L. Gabaldón García, «Hacia un nuevo Derecho uniforme para los contratos de transporte aéreo internacional (El Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999)», *Derecho de los negocios*, n.º 123, 2000, pp. 1-14.

realiza el transporte, son: que los lugares de carga y de destino estén situados en dos Estados diferentes; y que al menos uno de ellos sea parte del Convenio<sup>196</sup>.

## 2. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado

### A) ANTECEDENTES Y MÉTODO DE TRABAJO

83. El Unidroit es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma cuyo propósito es analizar y llevar a cabo diversos métodos para la armonización y coordinación del Derecho privado de los Estados o de grupos de Estados, así como preparar gradualmente los instrumentos pertinentes para la adopción por varios Estados de normas uniformes de Derecho privado. El Unidroit fue establecido originalmente en 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones<sup>197</sup> emprendiendo en un primer momento tareas dedicadas al estudio comparado del Derecho de las obligaciones civiles y mercantiles, incluyendo sus garantías, del Derecho marítimo y del Derecho de los títulos valores con especial referencia a la letra de cambio y al cheque. Sin embargo pronto los trabajos derivaron hacia la unificación del Derecho de la venta desde el punto de vista del comercio internacional a partir de un informe presentado por E. Rabel<sup>198</sup> que concluyó con un Proyecto de Ley Uniforme y dos anexos, el primero relativo a la venta con reserva de dominio y el segundo que incluía un informe sobre *Letters of Trust* preparado por el profesor H.C. Gutteridge; tras un complejo periodo de trabajos y de negociaciones dicho texto condujo al «Proyecto de Ley Uniforme sobre compraventa internacional de bienes muebles corporales» aprobado por el Consejo Directivo del Unidroit en mayo de 1939. Otra actividad destacable del Unidroit en este periodo fue la relativa a la celebración de los contratos internacionales entre ausentes que dio como resultado el Ante-Proyecto de Ley uniforme sobre la formación de los contratos internacionales por correspondencia de 1939.

Tras la disolución de la Sociedad de las Naciones, el Instituto experimentó una profunda reestructuración estableciéndose en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral denominado el «Estatuto del Unidroit» pero las actividades de este periodo etapa fueron muy limitadas ante el estallido de la Segunda Guerra Mundial. La segunda etapa se inició en 1950. De acuerdo con el Estatuto para ser miembros del Unidroit los Estados deben adherirse a su Estatuto Orgánico, contándose en la actualidad con miembros de los cinco continentes, en concreto 59 Estados entre los que figuran los de la Unión Europea, Estados Unidos, Japón, Federación Rusa, Argentina, México, Cuba, etc. Se financia a través de contribuciones anuales que aportan los Estados miembros.

Dentro de la estructura orgánica del Instituto destaca su Secretaría, que es el órgano ejecutivo del Instituto y el que desarrolla su programa, a cuyo frente se

<sup>196</sup> F.J. Sánchez Gamborino, *El contrato de transporte internacional CMR*, Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>197</sup> En virtud de un acuerdo celebrado con Italia (Canje de Notas de 31 de marzo y 20 de abril de 1926), constituyéndose como una fundación sometida al Derecho italiano que tuvo su sesión inaugural el 30 de mayo de 1928 (*RabelsZ.*, 1928, pp. 477-480).

<sup>198</sup> *Vid.* «La unificación del Derecho de venta de mercancías», *RGLJ*, t. 159, 1931, pp. 470-482.

halla un Secretario General que es nombrado por el Consejo de Dirección a propuesta del Presidente y está asistido por funcionarios internacionales y empleados del Instituto. Por su parte, el Consejo de Dirección, que determina y lleva a cabo los objetivos del Instituto, supervisa la labor del Secretario General, se compone de un Presidente nombrado por el Gobierno italiano y por veinticinco miembros elegidos entre jueces, universitarios y funcionarios de reconocido prestigio. Finalmente, la Asamblea General es el órgano de decisión supremo del Instituto, aprueba el presupuesto anual y cada tres años el Programa de trabajo, y nombra por periodos de cinco años a los miembros del Consejo de Dirección. Está integrada por un representante por cada Estado miembro. Las lenguas oficiales del Instituto son: alemán inglés, español, francés e italiano y las lenguas de trabajo son el francés y el inglés.

El objetivo del Unidroit es la elaboración de reglas uniformes de Derecho privado *lato sensu*, sin embargo en ocasiones se adentra en cuestiones propias del Derecho público. Las normas uniformes que elabora se encuadran dentro del denominado «Derecho privado material» y, sólo con carácter excepcional, se adentra en el campo de los denominados «conflictos de leyes».

84. El esquema de trabajo en el seno del Unidroit es muy similar al adoptado por otros órganos dedicados a la codificación internacional. El origen no es otro que la inclusión de la materia a codificar en el Programa de trabajo aprobado anualmente por la Asamblea General; posteriormente la Secretaría asistida por lo general por un experto en la materia elabora un «estudio preliminar» de Derecho comparado con el objeto de escrutar la conveniencia de instaurar reglas uniformes; este estudio suele ir acompañado de un ante-proyecto de normas uniformes; si el Comité de Dirección lo estima oportuno invita a la Secretaría a constituir un «Comité de estudio», que suele presidir un miembro del Comité de Dirección, con el propósito de elaborar un Ante Proyecto de Convenio o de otro tipo de instrumento. Debe dejarse constancia que el cauce del Convenio internacional caracterizó la primera etapa del Instituto; sin embargo con posterioridad fueron utilizándose con carácter alternativo otros instrumentos de codificación tales como leyes uniformes, leyes modelo, conjuntos de principios y recomendaciones dirigidas a los Estados, así como guías, códigos de conducta o formas estándares de contratos dirigidos directamente a los círculos profesionales.

Los miembros del Comité de estudio realizan sus tareas a título personal y son elegidos por la Secretaría teniendo en cuenta sus conocimientos y un equilibrio entre los sistemas jurídicos y económicos de donde provienen. En caso de que el Consejo de Dirección considere que la materia puede ser examinada por expertos gubernamentales sin que sea necesario la constitución de un comité de estudio puede pedir a la Secretaría que convoque directamente un «Comité de expertos gubernamentales» con el objeto de que preparen directamente el Proyecto de Convenio. El ante-proyecto se somete al Consejo de Dirección para su eventual aprobación como Proyecto. Por lo general se estima que este último refleja un consenso entre los Estados que han participado en el Comité de expertos gubernamentales. El proceso culmina con la convocatoria de una Conferencia diplomática para la adopción del texto como Convenio internacional.

## B) REALIZACIONES

85. El proyecto de elaborar un código comercial internacional es un proyecto que viene de antiguo. Fue una idea que surgió en el siglo XIX e intentó consolidarse a principios del XX, mas tal iniciativa quedó apartada por las circunstancias de la época caracterizadas por la presencia de un marcado nacionalismo y por la obsesión de la defensa de la industria nacional. Sin embargo la idea no quedó en el olvido y fue abordada por el Unidroit a partir de la segunda etapa de su singladura<sup>199</sup>, en un intento de solventar las profundas diferencias socioeconómicas entre los Estados que se plantearon tras la segunda guerra mundial y con la finalidad de aproximar los sistemas enfrentados en el periodo de la guerra fría<sup>200</sup>. No obstante, el carácter ambicioso y complejo de este empeño justifica que las labores del Unidroit se hayan decantado hacia la codificación parcial. El balance es importante toda vez que desde su fundación el Unidroit ha preparado casi un centenar de estudios y borradores, principalmente en las siguientes áreas del Derecho: compraventa, operaciones de crédito, operaciones de transporte, responsabilidades civiles, procedimientos y turismo.

Dentro de las realizaciones de la segunda etapa es obligada la referencia a la Convención de La Haya sobre el Derecho uniforme sobre la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1964<sup>201</sup> y a la Convención sobre un Derecho uniforme sobre formación de contratos de venta internacional de bienes muebles corporales. Indiscutiblemente el gran fracaso de estos textos internacionales<sup>202</sup> fue el contexto en el se desarrolló la codificación, anterior a los postulados que impondría el NOEI, con un protagonismo decisivo de los países desarrollados y con un enfrentamiento visceral entre países del Derecho civil y de *common-law*<sup>203</sup>. En efecto, la doctrina apunta de forma reiterada cómo una de las principales debilidades de esta etapa codificadora fue la ausencia en la misma países del «tercer mundo» o en «vías de desarrollo». Ciertamente el proceso de descolonización fue casi coetáneo con la elaboración de las normas de 1964, por lo que no pudieron participar en la Conferencia como Estados soberanos e independientes. Ahora bien, no deja de ser contradictorio que

<sup>199</sup> Vid. J. Bonell, «The Unidroit Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law», *ICLQ*, 1979, pp. 413 ss.

<sup>200</sup> Vid. J. Rajski, «Les principes du droit commercial international de certains pays socialistes européens», *R. des C.*, t. 174, 1982, pp. 20 ss.; *id.*, «La tendance à la codification progressive du droit commercial international», *Droit et libertés à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Claude-Albert Colliard*, París, Pedone, 1984, p. 321 ss, esp. p. 327.

<sup>201</sup> M. Mateucci, «L'activité de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (1963-1964)», *L'unification du droit*, 1964m 1965, pp. 58-59.

<sup>202</sup> No todo fue, sin embargo, oposición, J. Barrera Graf fue un decidido partidario de la incorporación de los países latinoamericanos a estas Convenciones no sólo por las necesidades derivadas del incremento del comercio entre los distintos Estados de este Continente y con Europa y por «la gran semejanza e idéntica estructura de los códigos de comercio de los países americanos» y la influencia permanente y constante que han ejercido «los profesores, las universidades, los institutos y asociaciones europeas de derecho comparado» (Cf. *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, México, UNAM, 1965, p. 15).

<sup>203</sup> Vid. M. Olivencia, «La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», *RDM*, n.º 201, 1992, pp. 387 ss.

con el propósito de conseguir una normativa uniforme con pretensiones de alcance mundial, no se tuvieran mínimamente en cuenta los intereses propios y específicos de esos países. Por eso no puede extrañar su negativa a la aceptación de unas normas en cuya elaboración no habían participado<sup>204</sup>. Indudablemente los resultados alcanzados en las normas de 1964 registran un marcadísimo aroma «eurocentrista» unánimemente afirmado<sup>205</sup>.

Entre otros textos relevantes debe hacer alusión a la Convención de Bruselas sobre el contrato de viaje de 1970, la Convención de Ginebra sobre la representación en los contratos internacionales sobre compraventa de mercaderías de 1983 (que no está en vigor), la Convención de Ottawa sobre arrendamientos financieros internacionales de 1988, o la Convención de Ottawa sobre *Factoring* Internacional de 1988<sup>206</sup>; estos últimos instrumentos están en vigor, pero cuentan con un ámbito de aplicación material bastante restringido toda vez que se refieren, en términos generales, a los aspectos contractuales y no a las cuestiones relativas a la propiedad de las garantías reales de las instituciones que regulan. Por descontado, y acaso en ello resida uno de los principales méritos del Instituto, los trabajos del Unidroit también han servido de base para diversos instrumentos internacionales en vigor que han sido adoptados bajo los auspicios de otras organizaciones internacionales.

86. Los últimos tiempos evidencian el abandono decidido hacia la técnica del convenio internacional y el empleo de otras alternativas codificadoras<sup>207</sup>. Sin abandonar por completo la mencionada técnica se encuentra la actividad co-

<sup>204</sup> Cf. J.M.<sup>a</sup> Gondra, «La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional», *RDM*, n.º 127, 1973, p. 13-14. De esta suerte puede afirmarse que la confluencia de los intereses económicos de los «países ricos» cercenó la elaboración de unos instrumentos con una intención de uniformidad y desconoció en la práctica iniciativas latinoamericanas tan importantes en pro de la unificación en este importante sector del Derecho del comercio internacional, como el denominado «Proyecto de Buenos Aires» de 1953 básicamente regulador, con carácter uniforme, de las relaciones entre compradores y vendedores en materia de codificación del Derecho del comercio internacional.

<sup>205</sup> Cf. G. Eörsi, «A propos the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *AJCL*, vol. 31, 1983, p. 335.

<sup>206</sup> Los créditos que les son adeudados a las empresas en el extranjero encuentran un sistema de gestión, tan complejo como útil, en el contrato de *factoring* internacional, del que además pueden servirse dichas empresas para buscar financiación y asegurar el impago en caso de insolvencia de los deudores. Esta figura, de creciente importancia en el mercado cuenta con un importante instrumento de Derecho uniforme, el Convenio de Ottawa de 1988 de *factoring* internacional elaborado por Unidroit (A. del Río Pascual, «La Convención Unidroit de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el *factoring* internacional», *RDM*, n.º 223, 1997, pp. 299-318). Ahora bien, el éxito de la regulación por medio de convenio de Derecho uniforme del contrato de *factoring* internacional que ofrece este instrumento se ha visto comprometida no sólo por el escaso número de ratificaciones sino también por su eminente carácter dispositivo posibilitando que bajo ciertas condiciones y vía la autonomía de la voluntad contractual se excluya su aplicación. (R. Cruz Torres, «El *factoring* internacional: estructura y modalidades operativas», *RDM*, 1998, n.º 227, pp. 225-243). *Vid.*, asimismo, Y. Dutrey Guantes, *El contrato internacional de factoring*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2000, 368 pp.

<sup>207</sup> *Vid.* la crónica periódica de M. Unceta Laborda, «Actividades recientes de Unidroit», en *AE-DIPr*, t. 0, 2000, pp. 1015-1025, t. I, 2001, pp. 1219-1233 y t. II, 2002, pp. 1103-1113.



dificadora el Instituto sobre garantías internacionales en equipos móviles tendentes a la elaboración de una reglamentación uniforme relativa a las garantías internacionales que gravan los equipos móviles de alto valor que se desplazan de un país a otro en el curso normal de los negocios (aviones, trenes, satélites); dicha actividad se inició con un estudio de Derecho comparado, titulado «la reglamentación internacional sobre algunos aspectos de las garantías que gravan el material susceptible de ser desplazado de un Estado a otro», creándose un grupo de trabajo en Roma, en 1992. Los trabajos concluyeron con el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, calificado como uno de los resultados más importantes de todos los tiempos en la codificación del Derecho de los negocios internacionales<sup>208</sup>, y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico adoptados el 16 de noviembre de 2001, en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo. La garantía real creada por estos instrumentos tiene una amplitud similar a la establecida en el art. 9 del UCC de los Estados Unidos, puesto que incluye, además de las garantías reales propiamente dichas, las reservas de dominio y los arrendamientos financieros.

Tras la publicación de la «Guía sobre los acuerdos marco de franquicia internacional en 1998»<sup>209</sup>, los trabajos de Unidroit se han centrado en la elaboración de una Ley modelo sobre la franquicia para lo cual se constituyó un Comité de estudio que concluyó la elaboración de un Proyecto de Ley modelo sobre la comunicación de información (*disclosure*) en materia de franquicia<sup>210</sup> y un Proyecto de informe explicativo textos que fueron presentados a un Comité de expertos gubernamentales celebrado en Roma, en junio de 2001. El primero de estos proyectos consolidó en Ley modelo en septiembre de 2002.

También Unidroit ha prestado atención a la compilación, en colaboración con el *American Law Institute*, de los «Principios y Reglas relativos al procedimiento civil transnacional»<sup>211</sup>, con el propósito de establecer un procedimiento justo para litigantes que se encuentren vinculados en transacciones comerciales transnacionales de suerte que se pueda aminorar la incertidumbre y la intranquilidad que experimentan las partes cuando litigan en un ambiente poco habitual. Ni que decir tiene que estas iniciativas están muy vinculadas a la labor realizada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado tendentes a la consecución de una Convención relativa a la competencia judicial y el reconoci-

<sup>208</sup> R. Goode, «Par delà les frontières de la terre et de l'espace: l'avant-projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles», *Rev. dr. unif.*, vol. 3, 1998, pp. 52-74.

<sup>209</sup> P.F. Zeidman, «Le Guide Unidroit sur les accords internationaux de franchise principale: présentation et perspective», *Rev. dr. unif.*, vol. 3, 1998, pp. 746-773.

<sup>210</sup> L. Peters, Unidroit: Proposal for a Model on Franchising», *Int. Bus. Lawyer*, vol. 24, 2000, pp. 180 ss.

<sup>211</sup> P. Fouchard, «Une procédure civile transnationale: Quelle fin et quelles moyens?», *Rev. dr. unif.*, vol. VI, 2001, pp. 779-788; S. Goldstein, «The Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: The Utility of Such a Harmonization Project, *ibid.*, pp. 789-801; J. Walker, «The Utility of the ALI/Unidroit Project of Principles and Rules of Transnational Civil Procedure», *ibid.*, pp. 803-818; A. Gidi, «Notes on Criticizing the Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedures», *ibid.*, pp. 819-826.

miento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil, que ya fue objeto de una Conferencia Diplomática celebrada en junio de 2001. Los Principios serán guías interpretativas de las Reglas y podrían ser adoptados como principios de interpretación; también podrían adoptarse como directrices en la interpretación de los códigos procesales nacionales existentes. Realiza el proyecto un esfuerzo considerable por superar las disparidades entre los dos principales sistemas jurídicos, pretendiendo ofrecer un conjunto de principios y reglas procesales que sean utilizables tanto en un ordenamiento del *common law* como en uno del Derecho civil o continental.

Otra importante actividad del Unidroit en el marco de las transacciones comerciales internacionales consiste en elaborar un conjunto de reglas armonizadoras que rijan las operaciones realizadas en los mercados de capitales transnacionales o que conduzcan a una ejecución o administración transnacional de estas operaciones. La labor se inició con una serie de consultas a distintas bolsas, autoridades de control, colegios de abogado y bancos de inversión de varios países clave creándose, posteriormente, un Comité de estudio en 2000. Por el momento, los gobiernos han decidido otorgar prioridad a cinco cuestiones relacionadas con esta materia: la elaboración de reglas claras y coherentes en materia de títulos valores (*securities*), en particular los títulos poseídos de forma indirecta a través de intermediarios en los sistemas de detentación en varios niveles (*multi-tier holding patterns*), y materializados mediante una inscripción en la cuenta del inversor; la creación de títulos globales (*global shares*) estandarizados que permitan su negociación en más de una bolsa nacional, con el fin de abrir los mercados de capital extranjeros a un mayor número de empresas con medios limitados para crear verdaderos *global shares*; la elaboración de reglas susceptibles de aumentar las transacciones en los mercados emergentes; la elaboración de reglas materiales armonizadas o uniformes aplicables a las transacciones denominadas «deslocalizadas» (*«delocalised» transactions*), que pueden resultar de la fusión entre mercados situados en Estados diferentes o puede estar provocada, en el plano tecnológico, cuando se utilizan recursos electrónicos de comunicación (*Electronic Communications Networks, ECN*) para las transacciones o bien por la introducción en bolsa de valores mobiliarios; por último, el examen de la conveniencia y posibilidad de establecer reglas para las ofertas públicas universales (*world-wide takeover bids*).

Con la elaboración de una Ley modelo sobre arrendamiento financiero o *leasing*, Unidroit pretende dar una respuesta coherente a las necesidades de los países en vías de desarrollo o en transición a la economía de mercado que, en estos momentos, se encuentran insertos en un proceso de reforma de su legislación sobre *leasing*. Para ello cuentan con la asistencia de los bancos mundiales y regionales de desarrollo como el Banco Mundial, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo o el Banco Asiático de Desarrollo. Esta materia no representa una novedad para el Instituto, pues ya había trabajado en ella al elaborar el Convenio sobre el arrendamiento financiero internacional de 1988, sin embargo, el desarrollo de esta tarea se verá afectada por la decisión de Unidroit de otorgar prioridad a los trabajos que está desarrollando sobre las garantías internacionales que gravan los elementos de equipo móvil.

Por último, Unidroit pretende elaborar un conjunto de reglas uniformes aplicables al transporte en general, con el fin de ayudar a todos los Estados que deseen renovar su Derecho de transporte; en particular, el Instituto suministrará asistencia y cooperación a los Estados en la transposición, a su normativa interna, de las reglas del Convenio de Ginebra de 1956 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR). Esta iniciativa no es nueva, puesto que anteriormente ya se había propuesto la posibilidad de preparar una ley modelo o un conjunto de principios en el ámbito del Derecho de transporte. Los trabajos ya han dado sus primeros resultados con la elaboración del proyecto de Protocolo adicional EDI (*Electronic Data Interchange*) al Convenio CMR de 1956, aprobado por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT en su 80.º sesión de 2001.

### C) LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

87. Sin duda la labor más relevante de la institución en los últimos años es la que dado lugar a los denominados «Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales». Como veremos más abajo, la Uncitral concluía en 1980 la redacción del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías marcándose un hito en el ya largo proceso de codificación internacional<sup>212</sup>. La Convención permitía contar por primera vez con un texto preparado para hacer frente a los problemas suscitados por la compraventa internacional de mercaderías. Mas el texto nacía en un momento histórico pleno de potencialidad, en el que comenzaban a investigarse vías de armonización alternativas al clásico proceso de codificación internacional, y en el que, quizás también como consecuencia del liberalismo imperante, se destacaba el papel regulador de determinados colectivos profesionales. Los Principios de Unidroit deben encuadrarse dentro de este proceso<sup>213</sup>.

El origen de estos Principios se encuentra en una propuesta de M. Matteuci, Secretario General de Unidroit, en un congreso internacional que se celebró en Roma en 1968, con ocasión del 40.º Aniversario de la fundación de Unidroit; su propuesta consistía en preparar una especie de *restatement* internacional del Derecho de contratos basándose en la idea de los *Restatement of the law* de Estados Unidos y aspiraba a realizar un esquema similar pero de alcance internacional. El proyecto, inicialmente titulado en 1971 «Codificación progresiva del Derecho del comercio internacional», pasó después a llamarse «Principios relativos a los contratos del comercio internacional». El grupo de trabajo encargado de su redacción se constituyó en 1980 con miembros expertos en Derecho comparado y Derecho del comercio internacional pertenecientes a los principales sistemas jurídicos y socioeconómicos de todo el mundo. Los Principios constituyen un sistema de reglas de Derecho de los contratos que se adoptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna. Pueden ser elegi-

<sup>212</sup> *Vid. infra*.

<sup>213</sup> M.ª P. Perales Viscasillas, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los principios Unidroit (Ambito de aplicación y Disposiciones generales)», *RDM*, n.º 223, 1997, pp. 221-297.

dos por las partes como Derecho aplicable, servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos de Derecho internacional uniforme, como el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales<sup>214</sup>. El texto de los Principios de Unidroit, publicado en 1994, comprende un Preámbulo y 119 artículos divididos en 7 capítulos (Disposiciones generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento). Cada artículo va acompañado por unos comentarios en los que se incluyen ejemplos y que forman parte integral de los Principios<sup>215</sup>.

En el Preámbulo se establece que su finalidad de los Principios es establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, por tanto, constituyen un sistema de reglas de Derecho de los contratos que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna y al ser un instrumento no vinculante su aceptación depende de su poder de persuasión. Dentro de sus notas características destaca la flexibilidad para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en el comercio internacional pero, al mismo tiempo, tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales.

88. Tras el éxito alcanzado en este sector de la codificación internacional, Unidroit se encuentra en estos momentos preparando una segunda edición de los Principios, debido a la buena acogida que han tenido tanto en la práctica contractual como arbitral, como muestra el hecho de que en este trienio hayan aparecido las versiones en alemán, árabe y portugués, siendo ya doce las lenguas a las que han sido traducidos. Los trabajos comenzaron en 1997 cuando el Consejo de Gobierno decidió que el grupo de trabajo que había preparado los Principios debía volverse a reunir para elaborar una segunda edición que incluyese nuevas materias como la agencia, la cesión de derechos y obligaciones contractuales, la limitación de acciones, los contratos en beneficio de terceros,

---

<sup>214</sup> La mención expresa de los Principios en distintas normativas nacionales e internacionales ya empieza a producirse. Un primer ejemplo lo encontramos en la nueva ley de arbitraje adoptada en Panamá (Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999), ley que establece el régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación y que se aplica también al arbitraje comercial internacional; según su art. 27, el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que rige la relación contractual y tendrá en cuenta los usos, las prácticas del comercio y los Principios de Unidroit. Un segundo ejemplo aparece en el Contrato modelo de la CCI de intermediación ocasional (acuerdo de reserva y confidencialidad, ARC) —publicación CCI n.º 619, 2000— en cuyo art. 13(1) establece que salvo estipulación en contrario, todas las cuestiones relacionadas con este acuerdo ARC se regirán por las reglas y principios de derecho general reconocidas en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales así como por los Principios de Unidroit. Y, finalmente, un tercer ejemplo, lo constituye el Contrato modelo de venta comercial internacional de bienes perecederos establecido por el Centro de comercio internacional UNCTAD/OMC (CCI) de 1999, en cuyo art. 14 —«Reglas de derecho aplicable»— se dispone que para toda materia no cubierta por las cláusulas precedentes, el contrato se regirá por el Convenio de Viena de 1980 y, en su defecto, por los Principios de Unidroit.

<sup>215</sup> Vid. J.M. Abascal Zamora, «Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT», *Derecho de los Negocios*, n.º 81, 1997, pp. 11-24; S. Leible, «El significado de los «Principios de Unidroit» para la seguridad jurídica en el comercio internacional», *Derecho de los negocios*, n.º 108, 1999, pp. 11-20.

la reducción del precio, la condición, la compensación y la renuncia. El grupo de trabajo vuelve a estar dirigido por el profesor Bonell y ya se han mantenido varias sesiones de trabajo, la primera y segunda en Italia, concretamente, en Roma en marzo de 1998 y en Bolzano en febrero de 1999, para la tercera se escogió Egipto, El Cairo en enero de 2000 y la última ha tenido lugar en Roma durante el verano de 2001. En estas sesiones han participado en calidad de observadores representantes de Uncitral, de la Corte de arbitraje de la Cámara de comercio internacional (CCI), de la Cámara de arbitraje italiana e internacional de Milán y de la Asociación suiza de arbitraje. El grupo de trabajo ha decidido centrarse primero en las materias referentes a la agencia, la prescripción, la cesión de derechos y obligaciones contractuales, los contratos en beneficio de terceros, la compensación y la renuncia; así mismo se han estudiado las adaptaciones posibles de los Principios al comercio electrónico. Durante este trienio también se ha elaborado una cláusula tipo que las partes pueden emplear para incorporar los Principios en sus contratos y se ha aprobado su incorporación en el Preámbulo, concretamente, como nota a pie de página del segundo párrafo.

Los Principios Comerciales Internacionales elaborados por el Unidroit han sido comparados con los *Restatements* americanos por su carácter de recomendaciones. Siguiendo este planteamiento puede afirmarse que estamos ante un mero estudio doctrinal comparado que muy difícilmente puede ser equiparado a una Ley modelo<sup>216</sup>. Mas con independencia de cualquier consideración tradicional acerca de su naturaleza y al margen de la valoración que pueda darse a las funciones codificadoras del Unidroit no cabe duda que estamos ante un conjunto muy elaborado de reglas jurídicas que conforman una suerte de Código Uniforme en materia de contratos internacionales que ha recibido recibiendo una influencia muy directa de la Convención de Viena de 1980 y de otras experiencias codificadoras en la materia. Su alcance y relevancia futura estará, pues, en función del empleo que de ellos hagan los operadores privados y los árbitros<sup>217</sup>.

### 3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

#### A) ANTECEDENTES Y MÉTODO DE TRABAJO

89. La codificación del Derecho del comercio internacional, como se ha apuntado, también cuenta con una importante faceta que se manifiesta por medio de convenciones, leyes modelo, normas y guías jurídicas<sup>218</sup>. Un estimable

---

<sup>216</sup> C. Kassedjian, «Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par Unidroit», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 647-656.

<sup>217</sup> Resulta obligada la referencia en este sector estudio de P.A. de Miguel Asensio, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», *Diritto del commercio internazionale*, vol. XII, 1998, pp. 859-883.

<sup>218</sup> J. Carrascosa González, «La labor de la Uncitral en la contratación internacional y su relación con otras experiencias de la codificación internacional», *España y la codificación internacional...*, *op. cit.*, pp. 97-100, esp. p. 104]

foro de coincidencia entre las distintas «familias jurídicas» ha sido y es la Uncitral<sup>219</sup> creada por la ONU como organismo específico para la codificación del Derecho mercantil internacional. La Asamblea General encomendó a la Uncitral la tarea de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional mediante el impulso de una participación más holgada en las convenciones internacionales existentes y un mayor beneplácito de las leyes modelo y las leyes uniformes ya elaboradas. También encargó a esta Conferencia la preparación o el impulso de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando fuese menester, con las organizaciones que actúen en esta esfera. Por último, la Uncitral estimula toda una serie de métodos y de procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el ámbito del Derecho del comercio internacional.

Establecida en 1966 por la Asamblea General, cuenta con 36 Estados que representan a los principales sistemas económicos y jurídicos; a la labor de esos Estados se añade la amplia participación en los Grupos de Trabajo de observadores de diversos Estados y de diversas organizaciones internacionales, como el Unidroit, la Cámara de Comercio internacional, el Comité Marítimo Internacional y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Debe resaltarse la importancia de estas entidades en las sesiones de los Grupos de Trabajo, ya que por su especialización aportan gran calidad a los debates y por ende a los trabajos de Uncitral. Los miembros se eligen por la Asamblea General por un mandato de seis años, renovándose la Comisión por mitad cada tres años sobre la base de un criterio de representatividad de las diferentes regiones y familias jurídicas, intentando evitar, lo que a veces no resulta fácil, el predominio de algunos Estados europeos, como sucede en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y en Unidroit. Todos los Estados que no son miembros de la Comisión, así como las organizaciones internacionales interesadas, están invitados a asistir como observadores a las sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo. Los observadores pueden participar en las deliberaciones de las sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo en la misma medida que los Estados miembros. La Comisión se reúne todos los años, ya sea en la sede de la ONU en Nueva York o en la sede de su propia Secretaría en Viena. La Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas actúa como Secretaria de la Comisión. Cada grupo de trabajo de la Comisión celebra generalmente uno o dos períodos de sesiones al año, según el tema de que se ocupe; estos períodos de sesiones también se desarrollan con carácter alternativo en Nueva York y en Viena.

---

<sup>219</sup> Una visión política de las razones que motivaron la creación de esta institución en el marco de las relaciones internacionales en aquéllos años caracterizadas por la nociones de «coexistencia pacífica» y «guerra fría», se recoge en M. Aguilar Navarro, «Orígenes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional», *REDI*, vol. XX, 1967, pp. 559-627. *Vid.*, asimismo, A. Marín López, «Unificación del Derecho mercantil internacional», *REDI*, vol. XXII, 1969, pp. 131-151.

La creación de la Uncitral, por su carácter integrador y superador en el ámbito del Derecho del comercio internacional de sistemas políticos, jurídicos y económicos enfrentados<sup>220</sup>, fue observada, en principio, con inquietud, tanto por los organismos de vocación universal como por los regionales, dedicados a la unificación del Derecho, pues, existía el temor de verse desposeídos de sus competencias. No obstante, tales recelos no fueron nunca justificados, en función de la estrecha colaboración entre la Uncitral e instituciones como el *Unidroit* o la Conferencia de La Haya de DIPr. Antes al contrario, el nuevo organismo supone una significativa ampliación en el campo de la cooperación jurídica internacional y su objetivo fundamental es la construcción de un nuevo orden económico internacional, mediante la implantación de un régimen que, utilizando la equidad y una nueva distribución del trabajo a escala internacional, haga frente a las periódicas crisis económicas internacionales. En cualquier caso, la Uncitral no puede entenderse aisladamente, sino como parte de un esfuerzo global en el que la pieza más importante es, junto a otras, la Unctad. Como también se ha señalado, las materias consideradas por este organismo internacional afectan a importantes sectores: venta, instrumentos de pago, arbitraje, créditos documentarios, transporte, etc. Precisamente es en esta institución donde se percibe una cierta acción unitaria basada en tradiciones comunes entre las cuales destaca sin duda la influencia del Código de comercio español en la codificación mercantil de gran parte de los países del hemisferio americanos, que incluso en algunos casos llegó a reproducirse literalmente<sup>221</sup>.

Desde el punto de vista instrumental merece destacarse el hecho de que la Secretaría de la Uncitral ha establecido un eficaz mecanismo como el objeto de recopilar y distribuir información sobre decisiones judiciales y laudos arbitrales, referentes a las convenciones y leyes modelo elaboradas en su seno. El objetivo de este sistema es estimular a escala internacional, principalmente en el ámbito de los Estados miembros, los textos legales elaborados en este foro de codificación facilitando una interpretación y aplicación uniformes de esos textos.

90. Para la realización de sus trabajos, además de la lógica relación con los distintos órganos y organismos especializados de la ONU, la Uncitral mantiene una estrecha colaboración con instituciones también dedicados a la codificación del Derecho, en especial con los ya mencionados: Conferencia de La Haya y *Unidroit*. Sus actividades consisten en coordinar los trabajos de otras organizaciones internacionales, fomentar una mayor participación en los convenios internacionales existentes (aunque es anterior a su constitución, la Uncitral se ocupa de promover la incorporación de los Estados al Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, de 1958 —cuenta ya con cerca de un centenar de Estados partes—), promocionar la conclusión de nuevos convenios, impulsar la codificación y la aceptación de las costumbres y

---

<sup>220</sup> La recepción del Derecho uniforme en el sector el Derecho del comercio internacional efectuada por los distintos círculos jurídicos implicados se encuentra en M.J. Bonell, «International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins», *AJCL*, vol. 38, 1990, pp. 865-888.

<sup>221</sup> *Vid.*, por todos, J. Barrera Graf, *El Derecho mercantil en América Latina*, México, UAM, 1963, pp. 26 ss. donde se describe con precisión esta influencia.

prácticas del comercio internacional, favorecer la adopción de procedimientos que contribuyan a uniformizar la interpretación y aplicación de los textos internacionales, difundir información acerca de sus propios trabajos o sobre el Derecho mercantil internacional en general, etc. Desde nuestra perspectiva, su labor primordial es la de concluir instrumentos jurídicos internacionales<sup>222</sup>. Las técnicas de reglamentación utilizadas son variadas, en función de las particularidades de cada tema y de las circunstancias en las cuales se produce la codificación: convenios, leyes modelos, normas uniformes, modelos de cláusulas convencionales, recomendaciones a los gobiernos y organizaciones internacionales, etc.; es decir, que se ha sabido combinar la utilización de las técnicas más tradicionales con el llamado.

El catálogo de materias elegido en la Uncitral posee un carácter restrictivo y ello sin duda ha obedecido a razones de estrategia codificadora adoptadas en este organismo, como demuestra la lentitud con la que se ha desarrollado; no ha habido, en efecto, en los primeros años de vida resultados espectaculares. El proceso de unificación y armonización está aún muy lejos de conseguirse pero, con todo, los resultados obtenidos han sido importantes. Cabe insistir en que estas razones estratégicas no ocultan el carácter sumamente parcial de las materias elegidas, que no se acomoda a con la situación económica internacional de nuestros días por su carácter restrictivo, a lo que debe añadirse un nuevo dato: ante la reticencia de los Estados a incorporarse a Leyes Uniformes, en una defensa a ultranza de sus particularismos jurídicos, se acude a un cauce mucho más flexible, cual es el de la Ley Modelo. Tal instrumento, que suele ser adoptado en el seno de una Conferencia internacional, no tiene un carácter obligatorio directo, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha Ley modelo. La Uncitral ha adoptado en los últimos tiempo esta técnica en un intento de superar reticencias estatales y de expandir una serie de principios de base en relación con ciertas instituciones<sup>223</sup>.

## B) LABOR LLEVADA A CABO POR LA UNCITRAL

91. La regulación de la compraventa internacional de mercaderías se ha caracterizado desde antiguo por una marcada complejidad. Frente a la solución tradicional, que consistía en acudir a la norma de conflicto interna para que designara el Derecho que debía aplicarse, Derecho que podía resultar inesperado para las partes y que no respondía a las especificidades propias de una transac-

---

<sup>222</sup> M. Olivencia: «Uncitral: hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI», *RDM*, n.º 207, 1993, pp. 9-35. R. Illescas Ortíz, «El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *RDM*, n.º 207, 1993, pp. 37-91; *id.*, «El Derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia: Tirant lo blanch, 1995, pp. 1781-1800.

<sup>223</sup> Un ejemplo significativo ha sido la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aunque no ha dado los frutos que de ella se esperaban; baste comprobar el desinterés del legislador interno respecto de la misma, en las posteriores Leyes estatales sobre arbitraje, señaladamente, la española de 1988.



ción de esta naturaleza, se han ido desarrollando con el tiempo diversas alternativas. Por una parte, los propios operadores jurídicos, como hemos tenido ocasión de comprobar, han promovido el desarrollo de una serie de usos y prácticas por los que regirse (cabría destacar, a modo de ejemplo, la importancia que tienen los Incotems), apoyándose en el arbitraje para la resolución de sus eventuales litigios. Y por otra, ciertas organizaciones internacionales como Unidroit, Uncitral o la Conferencia de La Haya de DIPr, han fomentado la cooperación interestatal, resultando de ello la aprobación de diversos Convenios tanto en el plano del Derecho material uniforme como en el del Derecho conflictual uniforme.

La codificación de la compraventa internacional de mercaderías fue una de las tareas prioritarias de la Uncitral, tras descartarse seguir adelante con la Convención de La Haya de 1964, elaborado a partir de los trabajos de Unidroit que formuló una Ley uniforme, que ha servido ahora de base a los trabajos de unificación en el seno de la Uncitral. Sin embargo, antes de emprender tan ingente labor los trabajos se dirigieron a un aspecto sectorial de esta institución que cristalizaron en el Convenio sobre la prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974)<sup>224</sup>.

92. El texto definitivo elaborado en su seno, la Convención de las NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, es buena muestra del cambio experimentado en el proceso codificar dentro de una dimensión universalista<sup>225</sup>. Nos encontramos ante una Convención que incluye un conjunto coherente de normas que reglamentan la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, las obligaciones del comprador y del vendedor, los derechos y las acciones en caso de incumplimiento y otros aspectos de este peculiar contrato<sup>226</sup>. Este contenido no pudo ampliarse por las dificultades derivadas del enfrentamiento técnico jurídico entre los países de influencia jurídica anglosajona o países del área del *common Law* y los países de tradición jurídica romanista; pese a ello este instrumento constituye, sin lugar a dudas, uno de los textos convencionales más re-

---

<sup>224</sup> Esta Convención establece normas uniformes que rigen el plazo dentro del cual puede iniciarse un procedimiento relacionado con un contrato de compraventa internacional de mercaderías. La Convención ha sido enmendada por un Protocolo de 1980, cuando se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Tanto la Convención en su primera versión como la Convención enmendada entraron en vigor el 1 de agosto de 1988.

<sup>225</sup> M. Olivencia, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: Antecedentes históricos y estado actual», *RDM*, n.º 201, 1992, pp. 394 ss.

<sup>226</sup> A. Quiñones Escámez, «Las normas de aplicación del Convenio de la Uncitral sobre la compraventa internacional de mercancías (Viena, 1980)», *España y la codificación internacional...*, op. cit., pp. 107-153; S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota, y J. Hernandez Marti, *La contratación internacional*, València, Tirant lo Blanch, 1994; L. Díez Picazo y Ponce de León (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1997; J.O. Honnold, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Madrid, Edersa, 1987; M.ª P. Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, València, Tirant lo Blanch, 1996; B. Campuzano Díaz, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2000.

levantes de las últimas décadas y ha sido suscrita por más de cincuenta Estados con sistemas sociales, jurídicos y políticos diferentes. Con todos sus defectos, la Convención se presenta como un texto enteramente adaptado para contribuir a una respuesta adecuada a los problemas planteados por la contratación internacional en un mundo tan interrelacionado como es el actual. De hecho, es significativo observar como, a pesar de su objeto limitado, la Uncitral ha obviado cualquier trabajo adicional en materia contractual desde el momento de su aprobación.

El número de Estados latinoamericanos que se han incorporado a la misma aunque no sea, por el momento, mayoritario si es significativo<sup>227</sup>, pudiendo apreciarse en este texto una muestra elocuente de los aires de renovación referidos, y un claro rechazo al «eurocentrismo» que había caracterizado la labor codificadora anterior, pese a una influencia acusada de la perspectiva de *common-law*<sup>228</sup>. La ratificación de este Convenio por los distintos Estados del planeta significaría, en última instancia, que todos compartirían la misma normativa sobre compraventa internacional de mercaderías, con lo que desaparecerían los problemas de regulación del contrato<sup>229</sup>.

93. Al lado de la compraventa internacional la labor de la Uncitral se ha centrado decisivamente en la codificación del arbitraje comercial internacional siguiendo la labor emprendida por las UN antes de la existencia de la Comisión que había dado lugar a uno de los instrumentos más trascendentales del comercio internacional: la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York en 1958<sup>230</sup>. Pese a su antigüedad la Convención ha deparado resultados espectaculares, por eso su promoción y puesta en práctica forma parte del programa de trabajo de la Comisión. También ha contado con un notable éxito el Reglamento de arbitraje de la Uncitral de 1996 que contiene un conjunto completo de normas de procedimiento que las partes pueden utilizar para la sustanciación de las actuaciones arbitrales relativa a sus relaciones comerciales. El Reglamento se utiliza ampliamente en los arbitrajes *ad hoc* y en los arbitrajes reglamentados y a su lado se encuentra el Reglamento de conciliación de la Uncitral de 1980 por medio del cual cuando las partes en una controversia comercial deseen solucionarla amistosamente, podrán acordar que este Reglamento rija el procedimiento de conciliación.

---

<sup>227</sup> Junto a España (1991) son parte de la Convención: Argentina (1988), Chile (1991), Colombia (2002), Cuba (1995), Ecuador (1993), Honduras (2003), México (1989), Perú (2000), Uruguay (2000).

<sup>228</sup> *Vid.* un estudio de todos los avatares de la Conferencia Diplomática de Viena y el cambio de escenario de las confrontaciones que caracterizaron la etapa anterior en G. Parra-Aranguren, «Legislación uniforme sobre la compra-venta internacional de mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n.º 35, 1986 (separata).

<sup>229</sup> España se adhirió al Convenio el 17 de julio de 1990, y desde entonces la normativa española sobre compraventa internacional de mercaderías es la del Convenio de Viena, con las limitaciones que él mismo incorpora.

<sup>230</sup> *Vid.* por todos, J.C. Fernández Rozas, «Art. 56», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (R. Berco-vitz Rodríguez-Cano, cord.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 797-841; A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980; A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, La Haya, Kluwer, 1981.

Mención aparte merece Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 que tiene por objeto ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta las características y necesidades especiales del arbitraje comercial internacional. La Ley Modelo fue aprobada por la Comisión en 1985 y ya ha sido promulgada como ley en un gran número de ordenamientos jurídicos, tanto de países desarrollados como de países en desarrollo<sup>231</sup>.

94. La Uncitral decidió reanudar sus trabajos en materia de arbitraje mercantil internacional gracias a los informes presentados por diversos expertos en arbitraje, en los que se identificaron diversos problemas relacionados con dicho medio de solución de conflictos con el objetivo de que la Comisión desarrollase sus trabajos futuros en la materia. Así la Comisión encargó a la Secretaría que preparase una nota que sirviera de base para las deliberaciones de la Comisión. La nota fue presentada a la Comisión para su discusión en su 32.º período de sesiones (1999)<sup>232</sup>, y fue elaborada a la vista de los informes presentados en la reunión conmemorativa, así como los estudios realizados en otras conferencias internacionales especializadas, tales como el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial que se celebró en París del 3 al 6 de mayo de 1998. La nota identifica los siguientes temas para su consideración por la Comisión: determinados aspectos de los procedimientos de conciliación; el requisito legal de una forma escrita del acuerdo de arbitraje; posibilidad de someter a arbitraje; inmunidad soberana; acumulación de procedimientos arbitrales; confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales; establecimiento de reclamaciones en procedimientos arbitrales a efectos de compensación; decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos; responsabilidad de los árbitros; facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses; costas en procedimientos arbitrales; posibilidad de aplicar medidas provisionales de protección; y facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen. Por esto a partir de 1999 la Uncitral comenzó a trabajar, a través de su Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) en la mejora de los instrumentos anteriormente mencionados considerando prioritarias cuestiones tales como la conciliación, la forma escrita del convenio arbitral, la fuerza ejecutiva de las medidas cautelares en el arbitraje y la posibilidad de ejecutar los laudos anulados en el Estado de origen. De todos ellos el de las medidas cautelares es el que ha contado con mayores resultados desde 2001 al

---

<sup>231</sup> Dentro de la abundante bibliografía sobre este importante texto del comercio internacional *Vid.* A. Broches, «The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration», *NYIL*, 1987, p. 11 ss.; *id.*, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1990; M. Kerr, «Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law», *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 1-24. En la doctrina española: C. Esplugues y M. McNerny, «Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 11-28.

<sup>232</sup> La nota de la Secretaría intitulada «Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional» aparece en el documento A/CN.9/460.

abordarse la compleja cuestión de las facultades de los tribunales arbitrales para decretar tales medidas<sup>233</sup>.

95. La reglamentación internacional del transporte de mercancías por mar ha sido lenta y trabajosa como puso de relieve la propia elaboración y la escasa aceptación de la Convención de Bruselas sobre transporte de mercancías en régimen de conocimiento de 25 de agosto de 1924 («Reglas de La Haya»)<sup>234</sup>. Por eso ha de destacarse la obra de la Uncitral que dio como resultado el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978, conocido como «Reglas de Hamburgo»<sup>235</sup>, que se diferencia de las «Reglas de La Haya», al transferir al transportista riesgos que antes asumía los intereses de la carga, suprimiendo la exoneración de responsabilidad en caso de culpas náuticas y modificando la fórmula de exoneración en caso de incendio. Establece como principio general la responsabilidad del transportista por los perjuicios que resulten de la pérdida o el daño de la carga o la demora en su entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o la demora, se produce cuando las mercancías se encuentren bajo la custodia del transportista, a menos que este pruebe que él sus empleados y sus agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias. Se preparó a petición de los países en desarrollo y su aprobación por los Estados ha sido apoyada por organizaciones intergubernamentales tales como la Unctad, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano y la OEA y entró en vigor el 1 de noviembre de 1992 para los contratos de transporte de mercancías que guarden cierta relación con alguno de los veinte países miembros. Posteriormente, con la incorporación de nuevos Estados miembros la lista se ha ampliado de manera sustancial. Las «Reglas de Hamburgo» con todos sus problemas representan un consenso universal acerca de las soluciones concretas en el transporte de mercancías por mar<sup>236</sup>.

Sin embargo, tras su entrada en vigor y en contra de lo que se podía esperar, aumentaron el camino de la desintegración, incrementándose la situación actual en dos supuestos: países contratantes de las Reglas de Hamburgo y países en los que la legislación nacional combina disposiciones de las Reglas de La Haya, de los dos Protocolos citados, además de otras disposiciones de producción interna. De ahí que se haya afirmado que la desintegración se convierte en caos al analizar los sistemas de responsabilidad del porteador marítimo que concurren a escala mundial. Se duda sobre la utilidad de las Reglas de Hamburgo para lograr una auténtica uniformidad en la regulación del transporte de mercancías

---

<sup>233</sup> A/CN.9/487, párr. 64; «Solución de controversias comerciales: elaboración de disposiciones uniformes sobre medidas provisionales cautelares» (A/CN.9/WG.II/WP.119, de 30 de enero de 2002).

<sup>234</sup> F. Sánchez Calero, *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pp. 556 ss.

<sup>235</sup> J.A. Gómez Segade, «El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo», *RDM*, 1980, pp. 221 ss.

<sup>236</sup> D. Morán Bovio, «Los límites del periodo de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Hamburgo», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, Civitas, 1996, pp. 3954.

por mar, lo que conduce a tratar de resolver una serie de cuestiones determinantes para alcanzar una posible solución: ámbito de aplicación, período de tránsito, identidad y responsabilidad del porteador, retraso en la entrega, limitación de responsabilidad, responsabilidad del cargador, cartas de garantía, arbitraje y jurisdicción<sup>237</sup>.

Al lado de este instrumento se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, hecha en Viena en 1991, que incluye normas uniformes que rigen la responsabilidad del empresario de terminal por las pérdidas y daños que sufran las mercaderías objeto de transporte internacional mientras se encuentran en la terminal, así como por la demora en su entrega. La Convención fue adoptada por una conferencia diplomática y quedó abierta a la firma el 19 de abril de 1991<sup>238</sup>.

96. En su 19.º período de sesiones, en 1986, la Uncitral decidió ocuparse del tema de la contratación pública. La Ley Modelo de la Uncitral sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios fue adoptada por la Comisión en 1994, se redactó con el objeto de asistir a los países en el proceso de reforma y actualización de sus leyes en materia de adquisiciones por el sector público<sup>239</sup>. La Ley prevé la técnica adecuada para alcanzar los fines de competencia leal, transparencia, imparcialidad y objetividad en todo el proceso de contratación, asegurando así una mayor economía y eficiencia en este campo<sup>240</sup>. Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que figura desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, consisten en dar un trato equitativo a los contratistas que se presentan a un concurso público de contratación y en aumentar la transparencia y la objetividad. Tales objetivos son fundamentales para fomentar la economía y la eficiencia de la contratación pública y para evitar abusos. La incorporación por el Estado parte de los procedimientos prescritos por la Ley Modelo a su Derecho interno tiene como objetivo dar confianza al público en que la contratación se ha de hacer con un rigor contable y un sentido de la responsabilidad conducentes a la obtención de una contrapartida justa, así como a los eventuales concursantes en que sus ofertas serán consideradas con equidad por la entidad adjudicadora<sup>241</sup>.

<sup>237</sup> J.O. Honnold, «Porteadores transoceánicos y carga; claridad y equidad ¿La Haya o Hamburgo?», *Derecho de los Negocios*, n.º 53, 1995, pp. 1-15; J.M.ª Alcántara González, «La falta de uniformidad actual en la regulación del transporte de mercancías por mar y el transporte multimodal», *Derecho de los Negocios*, n.º 117, 2000, pp. 1-10.

<sup>238</sup> Entrará en vigor cuando cinco instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión sean depositados. Estado actual de las ratificaciones y otras adhesiones a la Convención.

<sup>239</sup> En 1993, la Comisión había adoptado la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes y Obras junto con la Guía que la acompaña para facilitar la incorporación eventual de la Ley al Derecho interno. Esta Ley modelo es apta para aquellos Estados que quieran adoptar una legislación de contratación pública sólo en el campo de bienes y obras.

<sup>240</sup> Para auxiliar a los poderes ejecutivo y legislativo en diversos países que utilizan la Ley Modelo, la Comisión ha redactado también la Guía para la Incorporación Eventual al Derecho Interno de la Ley Modelo de la Uncitral sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios. Estado actual de las incorporaciones de la Ley Modelo.

<sup>241</sup> *Vid.* D. Morán Bovio, «La contratación pública de obras y bienes se abre al mercado mundial», *Derecho de los negocios*, n.º 59, 1994, pp. 10-17.

97. La codificación en este sector tuvo sus primeros resultados a partir de las técnicas tradicionales. En concreto, la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, hecha en Nueva York en 1988 que proporcionó nuevos títulos valores internacionales de uso facultativo para las partes en operaciones comerciales internacionales, así como un conjunto comprensivo de normas que rigen esos títulos; su objeto es eliminar las principales disparidades e incertidumbres que actualmente existen en relación con los títulos valores utilizados en los pagos internacionales<sup>242</sup>. El fracaso del primer tramo codificador en este sector, sin duda en función de lo ambicioso de la empresa y de la técnica codificadora utiliza no detuvieron, sin embargo, los trabajos. Como hemos visto la Uncitral había elaborado en 1987 una Guía Jurídica sobre Transferencias Electrónicas de Fondos publicada en 1987 y a partir de aquí se encomendó al grupo de trabajo sobre pagos internacionales la preparación de unas reglas modelo sobre esta misma materia lo cual implicó la renuncia a la técnica convencional optándose por un objetivo más modesto aunque más eficaz de la Ley modelo; esta modestia también se refleja en el ámbito de aplicación material. El resultado ha sido la Ley Modelo de la Uncitral sobre Transferencias Internacionales de Crédito aprobada en 1992, que incluye exclusivamente las operaciones resultantes de una orden dada por un iniciador a un banco para que éste ponga a la disposición de un beneficiario una suma determinada de dinero. La Ley Modelo comprende materias como las obligaciones del banco expedidor de la orden y del banco receptor; el plazo de que dispone el banco receptor para efectuar el pago; y la responsabilidad de un banco ante su expedidor o su iniciador, cuando la transferencia sufra retraso u ocurra algún error<sup>243</sup>.

Por último la Uncitral en sus esfuerzos de creación de un Derecho uniforme en la materia ha elaborado un Convenio sobre garantías independientes internacionales, de 11 de diciembre de 1995<sup>244</sup> que tiene por objeto facilitar el uso de garantías independientes y cartas de crédito contingente, en especial cuando, por tradición local, se conoce sólo uno de estos instrumentos. La Convención, además, da solidez al reconocimiento de aquellos principios básicos y características que son comunes a ambos instrumentos. El nuevo régimen aportado, siempre desde la afirmación previa del principio de independencia de la garantía respecto de la relación subyacente, se caracteriza por flexibilizar las condiciones documentarias en la petición de pago o ejecución de la garantía.

---

<sup>242</sup> La Convención será aplicable cuando las partes utilicen una forma especial de instrumento negociable expresando que éste quedará sometido a la Convención de la Uncitral. La Convención fue aprobada y abierta a la firma por la Asamblea General en su cuadragésimo tercer período de sesiones, celebrado en diciembre de 1988. Son necesarias diez ratificaciones o adhesiones para que la Convención entre en vigor.

<sup>243</sup> M. Checa Martínez, «Las transferencias de crédito en el Derecho del comercio internacional», *RDBB*, 1994, pp. 109-138; I. Lojendio Osborne, «Transferencia bancaria (Ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito)», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a E. Verderra y Tuells*, Madrid, La Ley, 1994, pp. 1473-1492.

<sup>244</sup> La Convención entrará en vigor cuando se depositen cinco instrumentos de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión. Estado actual de las ratificaciones y otras adhesiones a la Convención.

98. La Comisión decidió en 1991 abordar<sup>245</sup> la cuestión del, entonces así llamado, EDI (*Electronic Data Interchange*) encomendando la materia primero al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales y más tarde a un grupo *ad hoc* denominado Grupo de Trabajo de intercambio electrónico de datos, que más tarde respondería al nombre de Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico<sup>246</sup>. El resultado fue la Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico adoptada en 1996<sup>247</sup>, tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y de almacenamiento de información, por ejemplo el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico y la telecopia, con o sin soporte como sería el Internet. Se basa en el establecimiento de un equivalente funcional de conceptos conocidos en el tráfico que se opera sobre papel, como serían los conceptos «escrito», «firma» y «original». La Ley Modelo, al suministrar los criterios para apreciar el valor jurídico de los mensajes electrónicos, será muy importante para aumentar el uso de las comunicaciones que se operan sin el uso del papel. Como complemento de las normas generales, la Ley contiene también normas para el comercio electrónico en áreas especiales, como sería el transporte de mercancías. Su éxito ha sido considerable inspirado la legislación de numerosos Estados<sup>248</sup>, incluso de la propia UE, como se sabe, muy activa, también, en el campo del comercio electrónico. Además, con el objeto de auxiliar a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los países, la Comisión ha elaborado además una «*Guía para la Incorporación de la Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico al Derecho interno*».

<sup>245</sup> Aprobada en el 32.º período de sesiones de la Cnudmi. *Vid.* A/51/17 Informe de la Cnudmi sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (Nueva York, 28 de mayo a 14 de junio de 1996). Téngase en cuenta que en 1998 se añade un artículo a dicha Ley Modelo, el artículo 5 bis relativo a la incorporación por referencia (A/53/17 Informe de la Cnudmi sobre la labor realizada en su 31.º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), n.º 212-221).

<sup>246</sup> *Vid.* A. Madrid Parra, «EDI (Electronic Data Interchange): estado de la cuestión en Uncitral», *RDM*, n.º 207, 1993, pp. 115-149; *id.*, «Anteproyecto de Ley Modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines a la comunicación de datos», *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2065-2100; R. Illescas Ortiz, «La firma electrónica y el RD- Ley 14/1999, de 17 de septiembre», *Derecho de los Negocios*, n.º 109, 1999.

<sup>247</sup> Aprobada en el 32.º período de sesiones de la Cnudmi. *Vid.* A/51/17 Informe de la Cnudmi sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (Nueva York, 28 de mayo a 14 de junio de 1996). Téngase en cuenta que en 1998 se añade un artículo a dicha Ley Modelo, el artículo 5 bis relativo a la incorporación por referencia (A/53/17 Informe de la Cnudmi sobre la labor realizada en su 31.º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), n.º 212-221).

<sup>248</sup> Los Estados que han decidido inspirarse, en mayor o menor medida, en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre comercio electrónico para redactar su propia legislación nacional son: Australia, Bermuda, Colombia, Eslovenia, Filipinas, Francia, Hong Kong, Irlanda, República de Corea, y Singapur. Asimismo, el Estado de Jersey, dependiente del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y dentro de los Estados Unidos de América, el Estado de Illinois. Tanto en Estados Unidos como en Canadá se han aprobado legislaciones modelo basadas en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre comercio electrónico, destacando en relación con el país canadiense la *Uniform Electronic Commerce Act* de 1999, aprobada por la *Uniform Law Conference of Canada*) y por lo que respecta a Estados Unidos se aprobó, también en 1999, la *Uniform Electronic Transactions Act*, bajo la égida del *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*, y que ya ha sido aprobada por numerosos legisladores estatales.

99. Los cambios experimentados por la economía internacional durante estas últimas décadas han dado lugar a de una actividad empresarial que, de forma creciente, está diseñada en clave mundial, sobre la que han repercutido decisivamente las crisis económicas periódicas favoreciendo directamente la aparición de situaciones de insolvencia internacionales o transfronterizas y la consecuente iniciación de procedimientos concursales internacionales. Dichos cambios sin duda han traído como resultado el interés por una regulación adecuada de los procedimientos concursales internacionales. De hecho, hasta bien entrada la década de los noventa no existía ningún Convenio internacional multilateral en la materia; en los últimos años, sin embargo, esta situación parece que está variando, y junto a la elaboración de ciertos convenios internacionales sobre procedimientos concursales internacionales, algunos países han incorporado normas especiales en materia de procedimientos concursales internacionales. Uno de los principales resultados del Congreso organizado por Uncitral con ocasión de su 25.º Periodo de Sesiones del Plenario de la Comisión<sup>249</sup> fue la consecución de la Ley Modelo de la Uncitral sobre la Insolvencia Transfronteriza, aprobada en 1997, cuya finalidad es promover la adopción de una normativa legal moderna y equitativa para aquellos casos en los que un deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado. El objetivo es la aportación de una serie de instrumentos que proporcionen un sistema de insolvencia eficaz, equilibrado y eficiente que indague en las posibles vías de reestructuración judicial del deudor. A tal efecto, el texto de la Ley regula las condiciones bajo las cuales el administrador en un procedimiento extranjero de insolvencia tiene acceso a los tribunales del Estado que haya adoptado la Ley Modelo, define las condiciones que han de darse para el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y para que se concedan las medidas solicitadas por el representante de ese procedimiento extranjero, al tiempo que faculta a los tribunales y administradores de patrimonios en insolvencia de diversos países a cooperar más eficazmente entre sí, y contiene disposiciones para la coordinación de los procedimientos de insolvencia que se estén celebrando simultáneamente en diversos Estados<sup>250</sup>. Los temas centrales de la Ley Modelo son algunos de los propios de la insolvencia transfronteriza: el reconocimiento de los procedimientos extranjeros y medidas otorgables, la cooperación transfronteriza con tribunales y representantes extranjeros y la coordinación de procedimientos paralelos. También cabe destacar, en lo que a compatibilidad con Convenios internacionales en la misma materia se refiere, que el art. 3 de la Ley modelo establece expresamente la prioridad de las obligaciones internacionales del Estado vinculado por tratado o acuerdo sobre el

---

<sup>249</sup> Vid. M. Olivencia Ruiz, «El tema de la insolvencia en la agenda de Uncitral», *RDBB*, n.º 62, 1996, pp. 411-433; *id.*, «Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del Derecho de la insolvencia», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Valladolid, 1998, pp. 1655-1663.

<sup>250</sup> C. Esplugues Mota, «The Uncitral Model Law of 1997 on Cross Border Insolvency: an Approach», *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 657 ss.; *id.*, «La Ley Modelo de la Cnudmi sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: de la hambruna al exceso», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 27, 1998, pp. 45-80; R. Sandoval López, «Ley Modelo CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza», *Derecho de los Negocios*, n.º 87 1997, pp. 1-7.



texto interno que pudiese resultar de la adopción o integración de la Ley modelo en el Derecho interno. Como indicamos con anterioridad, la Uncitral ha elaborado una Guía Legislativa que aspira a servir de *standard* legislativo mínimo común en materia concursal<sup>251</sup>, lo que es especialmente importante para España el contexto de la preparación de la nueva Ley concursal. En efecto, el reciente Proyecto de Ley Concursal contiene unas normas de Derecho internacional privado sobre esta materia, que se ajusta a la Ley Modelo; sin embargo otros países han incorporado en su integridad el texto de la ley modelo a su Derecho interno<sup>252</sup>.

## V. UNIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN LA UNIÓN EUROPEA

### 1. Alternativas y técnicas de unificación

100. En la segunda mitad del siglo xx, la creación de espacios internacionales de integración económica, señaladamente la Comunidad Europea, engendró la progresión de los intercambios comerciales entre empresas de nacionalidades distintas. Tal circunstancia generó en estas zonas un crecimiento tan desmesurado del comercio internacional que propició las tendencias a la codificación regional de este sector, con una particular preocupación por las cuestiones de carácter comercial. En este contexto se trata de determinar si la cultura jurídica europea puede contribuir no sólo a la reconstrucción de un pensamiento europeo común<sup>253</sup> sino, en nuestro caso, a la construcción específica de un Derecho mercantil europeo. Dicho en otros términos, si el Derecho privado en tanto que elemento consustancial de la referida cultura puede convertirse no sólo en un elemento diferencial de la Unión Europea, sino en un instrumento transcendental en la renovación de obsoletos ropajes mercantiles caracterizados por un marcado particularismo<sup>254</sup>. Resulta difícil, en efecto, concebir un mercado único regulado por diversas reglamentaciones nacionales y la realización de un mercado interior sin la armonización progresiva de determinados sectores del Derecho privado<sup>255</sup>. En este contexto se sitúa una línea de pensamiento que cada vez goza de más adeptos que aboga por la reunificación jurídica en Europa a partir

---

<sup>251</sup> «Guía para la incorporación al Derecho interno» (A/CN.9/442). Vid. C. Esplugues Mota, «Hacia la elaboración de un *standard* legislativo internacional en materia concursal: La propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Cnudmi/Uncitral», *Derecho de los Negocios*, n.º 146, 2002, pp. 19-40.

<sup>252</sup> Es el caso de México. Vid. L.M. C. Méján, «La Ley de Concursos a la luz del Derecho internacional privado», *Revista de Derecho internacional privado mexicano y comparado*, n.º 12, 2002, pp. 79-89.

<sup>253</sup> M. Bussani y U. Mattei, «Le fond commun du droit privé européen», *Rev. int. dr. comp.*, 2000, pp. 29-47.

<sup>254</sup> S. Cámara Lapuente, «Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), Madrid, Colex, 2003, p. 47.

<sup>255</sup> Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos sobre armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros, de 27 de abril de 1994, Parlamento Europeo, DOC. A3-0329/94/Parte A.

de una labor previa de armonía de las diversas variedades jurídicas nacionales basadas en una tradición histórica común<sup>256</sup>. Mas no debe olvidarse que la Unión Europea queda configurada como una «Comunidad de Derecho» cada vez más homogénea en la que coexisten con carácter interdependiente los Derechos nacionales y el propio Derecho comunitario<sup>257</sup>.

Evidentemente, el mayor desarrollo del Derecho privado europeo se ha producido hasta la fecha en el marco de la cooperación judicial civil abarcando al Derecho civil y mercantil, con la excepción de aquéllos ámbitos ya regulados directamente por el Derecho comunitario, como es el caso de la protección de los consumidores o la propiedad industrial. Sea como fuere han estado presentes toda una serie de instrumentos, ya sea propiamente comunitarios ya sea fruto de convenios en virtud del antiguo art. 220 del TCE (art. 293 CE), que supusieron una unificación indudable en numerosos campos, especialmente el bancario, el bursátil, el de Derecho de sociedades, el de la propiedad industrial, el de la protección de consumidores o el del Derecho procesal<sup>258</sup>. Una unificación que, en cualquier caso, resultaba insuficiente y ello, pese a ciertos planteamientos caracterizados por una euforia europeísta que no sólo ponían de relieve el progresivo desarrollo del Derecho derivado en la formación de un Derecho privado europeo, sino que insistían en el papel desarrollado por la jurisprudencia del TJCE<sup>259</sup>.

Por el momento los avances más notables se han producido en el marco del Derecho internacional privado patrimonial, pues está claramente acreditado que los objetivos de armonización se materializaron a través de procedimientos normativos de especial relevancia para ese ordenamiento<sup>260</sup>. De ahí que se haya sostenido con razón que la Unión Europea, en tanto que resultado de la integración de los Estados miembros, no podía sino estimular de forma enérgica el desarrollo coordinado del Derecho internacional privado de dichos Estados<sup>261</sup>. En este marco de la cooperación civil y mercantil hasta la fecha la vía utilizada ha sido la de los convenios internacionales<sup>262</sup> al responder a la puesta en práctica y promoción de la propia política integradora. Entre estos Convenios, puede distinguirse aquéllos que derivan directa o indirectamente de las previsiones conte-

<sup>256</sup> Muchas veces muy forzada y carente de apoyatura, como aquellas posiciones que afirman que la *lex mercatoria* es consustancial en la creación del Derecho privado europeo (Cf. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 9-10).

<sup>257</sup> K.D. Kerameus, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, 1995, pp. 401-416.

<sup>258</sup> J.W. Westenberg, «The Quest for Unification», *Forty Years on the Evolution on Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 204 ss.; M.<sup>a</sup> V. Cuartero Rubio, «Técnicas de unificación del Derecho internacional privado en la CEE», *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, CESJ Ramón Carande, 1993, pp. 249 ss.

<sup>259</sup> T. Hartlief, «Towards a European Private Law?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 166 ss.

<sup>260</sup> Vid., por todos, P. de Miguel Asensio, «Integración europea y Derecho internacional privado», *RDCE*, n.º 1, 1977, pp. 413-445.

<sup>261</sup> Cf. A.V.M. Stuycken, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, t. 232, 1992, p. 284.

<sup>262</sup> M. Fallon, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne», *R. des C.*, t. 253, 1995, p. 9-282.

nidas en el art. 293 TCE y del art. K.3 del TUE (Convenios CPE) anterior a la modificación producida por el Tratado de Amsterdam, de mayor interés para el Derecho internacional privado, de aquellos otros Convenios internacionales inscritos en la política comercial común de la Comunidad, que suelen incluir reglas de Derecho internacional privado, de forma semejante a las que se incluyen en los contratos entre Estados y empresas privadas. Huelga decir el papel estelar que en el Derecho internacional privado comunitario han ocupado tanto el Convenio de Bruselas de 1968, para la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones, como el de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como los textos y proyectos elaborados en materias tales como la propiedad industrial, quiebra y concursos, sociedades, asistencia judicial internacional o supresión de legalizaciones.

101. El Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 por los quince Estados miembros de la Unión Europea, representó la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil (antes en el «tercer pilar»), posibilitando la existencia de un Derecho internacional privado comunitario inimaginable hasta hace pocos años y constituyendo a su vez un paso importante en el camino de la posible armonización o unificación de importantes parcelas del Derecho, incluido el mercantil<sup>263</sup>. Ni más ni menos, el Tratado de Amsterdam «comunitarizó», transfirió al primer pilar, la cooperación judicial civil poniendo el acento en el desarrollo a través de Reglamentos, que han ido apareciendo (señaladamente en el sector del Derecho procesal civil internacional) con gran celeridad. Acaso esa celeridad ha producido una importante dosis de incertidumbre en relación con los aspectos técnicos de las distintas bases jurídico-competenciales y respecto al papel que debe jugar el Derecho internacional privado en la construcción de un fidedigno Derecho privado europeo<sup>264</sup>. Pero al margen de esta circunstancia resulta indudable que nos hallamos ante una situación mucho más ventajosa, desde el punto de vista de la integración y de la unificación jurídica, que la hasta ahora existente basada en convenios entre Estados miembros.

La institucionalización o «comunitarización» del Derecho internacional privado comunitario, relegando la fórmula de los convenios, presenta ventajas indudables: la adopción de la normativa institucional, impuesta «desde arriba», evita los inconvenientes en el procedimiento de adopción de actos normativos que genera toda negociación convencional, con las consiguientes versiones sucesivas derivadas de cada ampliación comunitaria. Pero también suscita dudas y dificultades. El art. 67 TCE ha introducido algunas particularidades acerca del procedimiento de adopción de actos normativos relativos a la cooperación judicial en materia civil. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, se abrió un período transitorio de cinco años, durante los cuales dicho procedi-

---

<sup>263</sup> P. de Miguel Asensio, «El tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley* (supl. Unión Europea), n.º 4510, 1998, pp. 1-3.

<sup>264</sup> S. Álvarez González, «Derecho internacional privado y Derecho privado europeo», *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), *op. cit.*, pp. 157-190, esp. p. 176.

miento se basa en la decisión unánime del Consejo, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro. Tras el período transitorio, únicamente la Comisión conservará la iniciativa legislativa, si bien está obligada a considerar las propuestas presentadas por los Estados miembros. A diferencia del procedimiento normativo previsto para la política general de armonización de legislaciones (arts. 94 y 95 TCE), el Parlamento Europeo sólo tiene un papel secundario (consulta previa), sin participar en el régimen de codecisión característico del procedimiento del art. 251 TCE<sup>265</sup>. Además, los Reglamentos deben someterse, en principio, a ciertas restricciones en su ámbito de aplicación, pues necesitan una vinculación con las libertades comunitarias que no afectaba de igual manera a los convenios internacionales; de hecho, persisten serias dudas sobre los límites competenciales de la Comunidad y el alcance de las competencias recogidas en los arts. 61.c) y 65 TCE.

En definitiva, el Tratado de Amsterdam y, en concreto, sus arts. 61.c) y 65 ha supuesto «el cambio estructural más importante del Derecho internacional privado» de la Comunidad Europea<sup>266</sup>. Los referidos Reglamentos son los siguientes: Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Mas debe insistirse en que dicha competencia no sólo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del artículo 65.b) TCE.

102. Hasta ahora hemos podido encontrar normas de Derecho internacional privado comunitario tanto en el Derecho primario como en el Derecho derivado. Al primero pertenecen disposiciones que afectan directamente al Derecho internacional privado: arts. 12, 28-60, 81-90 TCE). Estas disposiciones originarias

<sup>265</sup> La nueva competencia comunitaria se encuentra limitada por los Protocolos relativos a la aplicación del Tratado en Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. El Protocolo núm. 4 al Tratado de Amsterdam (art. 3), desliga al Reino Unido y a Irlanda de los actos normativos basados en el artículo 61 TCE, si bien les confiere el derecho de participar en su adopción y aplicación, a través de la notificación por escrito al Presidente del Consejo en un plazo de tres meses desde la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa (*opting in*). Ésta es la razón de que, *de facto*, tanto el Reino Unido como Irlanda se hayan incorporado a los Reglamentos comunitarios adoptados hasta la fecha sobre la base de los artículos 61.c) y 65 TCE. En contrapartida, el Protocolo núm. 5, relativo a Dinamarca, no prevé participación alguna de Dinamarca en tales actos normativos, a menos que declare su deseo de desligarse total o parcialmente de su reserva al artículo 69 TCE (art. 7). Por ello, Dinamarca no participa en ninguno de los Reglamentos reseñados (Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, p.

<sup>266</sup> Cf. A. Borrás, «Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 383-426, esp. 423.

afectan al Derecho internacional privado de forma fundamentalmente negativa, imponiendo límites tanto respecto del Derecho internacional privado comunitario derivado, como respecto del Derecho internacional privado autónomo, en el marco de la integración. No conllevan, sin embargo, la posibilidad de construir respuestas positivas a los problemas que suscita el Derecho internacional privado, especialmente en los ámbitos de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable, salvo en aquellos casos en que se trata de respuestas directas, de carácter material (art. 81 TCE). Más numerosas son las disposiciones de Derecho internacional privado que se adoptaron al hilo de procesos de armonización de legislaciones, cuyo instrumento jurídico característico ha sido hasta tiempos recientes la Directiva. Ejemplos de estas disposiciones, vigentes o en proyecto, se encuentran en el sector de sociedades, seguros, valores mobiliarios, operaciones de consumo, bienes culturales, tratamiento de datos personales, contratos de trabajo, etc. Fundamentalmente se trata de normas que afectan al sector del Derecho aplicable, pero algunas inciden asimismo en el sector de la competencia judicial internacional.

Mas en la hora actual un vistazo a las normas de Derecho internacional privado comunitario existentes conduce a la constatación de una pluralidad de vías o técnicas de reglamentación. La opción adecuada en torno al expediente normativo más ajustado a la naturaleza del Derecho internacional privado exige dilucidar previamente la alternativa entre armonización o unificación del Derecho internacional privado, y la opción entre un Derecho internacional privado convencional o institucional. La primera opción, unificación o armonización del Derecho internacional privado, enfrenta a la Directiva con el cauce de los Convenios o los Reglamentos (art. 249 CE). Hasta la fecha se consideraba la Directiva (art. 94 CE) como el instrumento para la aproximación de los Derechos nacionales en aras a la consecución del establecimiento y buen funcionamiento del mercado único, política que en su origen hizo concebir optimistas perspectivas acerca de la unificación del Derecho internacional privado<sup>267</sup>. El art. 94 imagina una competencia para la aproximación de legislaciones de carácter restringido con base en tres eventualidades; en primer término prevé únicamente la adopción de Directivas, cuya naturaleza como acto normativo no resulta la más adecuada para un procedimiento de unificación, sino más bien de armonización, que precisa, como es sabido, un desarrollo normativo por parte de los Estados miembros; en segundo lugar, el procedimiento de adopción se basa en la regla de unanimidad, junto con una intervención puramente consultiva del Parlamento

---

<sup>267</sup> Hasta la fecha la Comunidad Europea ha aprobado numerosas directivas para la unificación de problemas puntuales en el ámbito del Derecho privado, aque tenían en la mayoría de los casos como objetivo, simultáneamente, la protección de los consumidores y la unificación de las condiciones de la competencia de los empresarios: Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (85/577/CEE); Directiva sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE); Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (93/13/CEE); Directiva sobre los derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (94/47/CE); Directiva sobre contratos en venta a distancia (97/7/CE); Directiva sobre la venta y las garantías de bienes de consumo (1999/44/CE); Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior (2000/31/CE); Directiva sobre la morosidad en las operaciones comerciales (2000/35/CE) ...

Europeo, que añade dificultades adicionales obvias; por último, la vinculación funcional se establece en razón de la incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del «mercado común» y ello suscita numerosos problemas, toda vez que existen variadas concepciones en torno al significado diferencial del concepto de «mercado común» frente al de «mercado interior» y, de lo que no cabe duda, es que esta última expresión sugiere una necesidad de un grado superior de integración.

Para algunos autores, además, el Derecho internacional privado, por su propia naturaleza, exige un *plus* de seguridad jurídica que hace poco aconsejable el uso de técnicas de armonización, en favor de expedientes de auténtica unificación. El Convenio ha sido hasta el momento el instrumento de unificación más eficaz<sup>268</sup> pero no puede por menos que señalarse los graves inconvenientes que ha desvelado la experiencia, y que lleva a que en determinados Estados hayan de aplicarse hasta tres versiones diferentes, con contenidos en ocasiones diversas, del mismo Convenio. Su elaboración, además, es compleja y dilatada en el tiempo: se precisan gran número de ratificaciones, dificultosas transposiciones, riesgos de que no concurren las ratificaciones de algunos Estados miembros o que incorporen tales convenios como Derecho nacional a través de diversas técnicas, y los problemas que siempre se derivan de la falta de competencia interpretativa originaria del TJCE. No debe extrañar, por tanto, que exista una tendencia creciente a la creación del Derecho internacional privado a través de mecanismos de Derecho derivado, y que el Reglamento se erija como el mecanismo idóneo<sup>269</sup>. Frente a los límites que imponía el TCE al desarrollo del Derecho internacional privado comunitario a través del Derecho derivado, especialmente por vía de Reglamentos, remitiendo buena parte de la codificación en sede comunitaria a los convenios de cooperación judicial en materia civil (art. K.3), el Tratado de Amsterdam ha propiciado un mayor desarrollo en virtud de los nuevos arts. 65 y 67<sup>270</sup>. La nueva reglamentación confiere una dimensión institucional a las medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil, señalando específicamente la mejora y simplificación de la asistencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y extrajudiciales, así como la compatibilidad de las normas de Derecho aplicable, competencia judicial internacional y procedimiento civil.

103. La idea tendente a una unificación jurídica del Derecho privado de los Estados miembros arranca de una Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989<sup>271</sup>, relativa a un «esfuerzo de aproximación del Derecho

---

<sup>268</sup> Vid. S. Sánchez Lorenzo, «La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *La unificación jurídica europea (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Madrid, Civitas, 1999, pp. 139-164.*

<sup>269</sup> M.<sup>a</sup> V. Cuartero Rubio, «Técnicas de unificación del Derecho internacional privado...», *loc. cit.*, pp. 252-253.

<sup>270</sup> M. Gardeñes Santiago, «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los arts. 61 c) y 65 como base jurídica», *RDCE*, n.º 11, 2002, pp. 231-249.

<sup>271</sup> El Parlamento Europeo pide en la mencionada Resolución que: se inicien los trabajos preparatorios necesarios a la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado e invita a los Es-

privado de los Estados miembros» y adoptada estando en vigor todavía el Acta Unica europea. En esta resolución, el Parlamento considera que la unificación de vastos sectores del Derecho privado constituiría el mejor reflejo de un esfuerzo de armonización por cubrir las necesidades jurídicas de la Comunidad en esta rama del Derecho y, asimismo, que un Derecho privado común podría reforzar, directa o indirectamente, los lazos que la Comunidad mantiene con los países terceros, especialmente los iberoamericanos. Se contempla la unificación de sectores de Derecho privado esenciales para el desarrollo del mercado único, como el Derecho de obligaciones. Sin embargo este proyecto ha encontrado numerosos opositores que consideran en su mayoría que los Derechos privados nacionales han de conservarse en términos generales en su estado actual.

El examen de la práctica contemporánea permite avanzar que las posibilidades de una «europeización» del Derecho mercantil desde la perspectiva codificadora es escasamente realista y que el proceso ha caminado hasta la fecha de la mano de las Directivas y en la actualidad se está desarrollando a través de Reglamento. Junto a esto se empieza a desarrollar un cierto clima que, apartándose de las técnicas normativas apuntadas, pone el acento en el auge, a través de la doctrina, de la práctica y de la jurisprudencia de unos principios generales comunes que pretenden ser no sólo un sustrato para el desarrollo futuro de acciones legislativas y armonizadoras, sino un conjunto de reglas que podrían consolidarse dentro de una suerte de *lex mercatoria*<sup>272</sup>.

## 2. Estudio sectorial de (algunas) realizaciones

### A) COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

104. La inseguridad jurídica descollante para los operadores que intervienen en el tráfico diario en torno al ámbito de los contratos internacionales constituye un serio obstáculo para la expansión del comercio internacional, ya que en el ámbito de la UE coexisten multitud de normas autónomas y de otras fuentes normativas en materia contractual, lo que supone un freno para el comercio intracomunitario. Por eso, uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar tal dispersión y atomización normativa en esta materia y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual, pero sólo de forma parcial ya que la diversidad de leyes dificul-

---

tados miembros a deliberar sobre la cuestión y a manifestarse en el sentido de si consideran participar o no en la unificación pretendida; también pide que se constituya, tras consultas con los Estados miembros que hayan aceptado el principio de una unificación, una comisión compuesta por científicos cualificados, a la que competirá la tarea de fijar las prioridades y organizar el conjunto de actividades necesarias para la unificación del derecho privado de tales Estados; por último y en cuanto al fondo, solicita asimismo y en concordancia con la consideración antes vista, que se impulsen los centros de estudios de Derecho comparado y, en general, los esfuerzos de codificación. *Vid* el texto en el DOCE n.º C 158, de 26 de junio de 1989, p. 400.

<sup>272</sup> P.C. Müller Graff, «Private Law Unification by Means other than of Codification», *Towards a European Civil Code*, Nimega, Kluwer, 1994, pp. 19-29.

ta la adaptación<sup>273</sup>; cabe hablar desde esta perspectiva de una auténtica tendencia hacia la «comunitarización» del Derecho de los contratos<sup>274</sup>.

Indudablemente, un ejemplo de unificación lo representa la Convención de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Se trata de un importante instrumento internacional de eficacia universal destinado al logro de la uniformidad legislativa en el sector de las obligaciones contractuales. Dicho carácter universal, su aplicación obligatoria y la amplitud de su ámbito material dentro del Derecho patrimonial, evidencia las pretensiones de sus redactores de convertirlo en un instrumento básico para las transacciones comerciales internacionales que refuerce, a partir de su carácter armonizador, la seguridad jurídica en sectores de inmensa transcendencia económica; seguridad que se intenta conseguir solucionando los problemas derivados de la disparidad de normas jurídicas existentes entre los Estados miembros<sup>275</sup>. Sin embargo, este instrumento no ha quedado exento de críticas, toda vez que los operadores jurídicos intentan soslayar en la práctica diaria los conflictos de leyes. De ahí la bondad de las acciones preventivas a través de la unificación de normas sustantivas en materia de contratos, no exenta de problemas pero factible, ya que los valores legales que poseen son los mismos, teniendo en cuenta que la raíz de los Derechos en Europa es común, que las condiciones sociales y económicas son también similares, por ser en todos ellos una economía de mercado del Estado industrial y, en último lugar, porque la ideología y comportamiento de los Jueces son similares. No hay que olvidar que el Convenio de Roma de 1980 es, en sí mismo, una norma de conflicto, un importante avance pero en el terreno no material o sustantivo. Y ello pese a lo que hay en él de sustrato de cultura jurídica común.

105. No puede extrañar que en los últimos años se registra un ambiente favorable a la codificación del Derecho privado a partir una supuesta tradición jurídica europea comúnmente aceptada<sup>276</sup> y de la existencia de una serie de instituciones y de principios jurídico-privados coincidentes en las legislaciones del área considerada<sup>277</sup>. La más antigua experiencia tendente a la unificación del Derecho de los contratos arranca en 1980 a partir de un grupo de profesores en

<sup>273</sup> C. Vattier Fuenzalida, «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», *RDP*, n.º 78, 1994, pp. 223-230; M.ª P. García Rubio, «Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea», *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, «La unificación del Derecho de obligaciones», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, n.º 2, pp. 21-52.

<sup>274</sup> J. Basedow, «A Common Contract Law for the Common Market», *Common Market L. Rev.*, vol. 33, 1996, pp. 1169-1195; *id.*, «Un droit commun des contrats pour le marché commun», *Rev. int. dr. comp.*, 1998, pp. 78-28; G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea*, Pádua, Cedam, 1998, p. 9.

<sup>275</sup> P. Lagarde, «Le nouveau droit international des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.

<sup>276</sup> *Vid.*, desde una posición muy crítica: «la inconveniencia de un Código civil europeo», S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo, op. cit.*, pp. 279 ss.

<sup>277</sup> R. Schulze, «Le droit privé commun européen», *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, 1995, pp. 18 ss.



cabezados por O. Lando<sup>278</sup>, en que se detallan «principios comunes» en los países de la Unión Europea relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas, como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. La experiencia se concretó en la redacción de una serie de «normas comunes», acompañadas de un comentario y de un análisis comparativo de cada una de ellas. Los Principios se configuran por artículos a los que acompañan unos comentarios para su explicación; son amplios y deben interpretarse y desarrollarse atendiendo a su finalidad y nunca de forma restrictiva o rígida y su finalidad, es la de servir de boceto para un futuro Código Civil europeo, pero mientras éste no se lleve a cabo, pueden aplicarse como parte de la *lex mercatoria*, ya que ésta está compuesta por los usos y costumbres internacionales del comercio internacional<sup>279</sup>. Esta iniciativa ha sido objeto de importantes críticas al considerar que la formulación de una serie de «principios» en materia contractual es inoperante porque tales postulados únicamente tienen sentido dentro de un sistema consolidado y porque la diversidad de interpretaciones acerca de los mismos provoca grandes dosis de inseguridad jurídica desaparecería. Según esta concepción únicamente las normas, esto es, un «bloque normativo» coherente es susceptible de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial. Por eso, al lado de la iniciativa «Lando» hayan surgido otras alternativas de diferente alcance.

Entre ellas la más destacada se configura como el «Anteproyecto de Código europeo de contratos» (Libro I) de la Academia de Pavía<sup>280</sup>, que representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos, concurriendo con otros intentos que se hallan animados por la misma finalidad. Dicho Anteproyecto fue presentado ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior del Parlamento Europeo en Bruselas, el 16 de octubre de 2000. Con posterioridad, a partir de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos de 11 de julio de 2001 sobre «Derecho contractual europeo», parece haberse entrado en una nueva fase. Los redactores conscientemente han adoptado la técnica de elaborar un «Código único» como solución más adecuada, pues la divergencia de los diversos ordenamientos crea una serie de obstáculos insuperables que, en su opinión, no se pueden solventar acudiendo a las normas del Derecho internacional privado. Al respecto señalan la inhabilidad de la Convención de Roma de 1980 para resolver las cuestiones contractuales y a una notable dosis de discrecionalidad en los jueces que es susceptible de producir importantes incertidumbres jurídicas. Hasta ahora se ha elaborado un Libro I que consta de 173 artículos que comprenden lo que, en la tradición culta del *civil law*, se conoce como

---

<sup>278</sup> Que ha publicado ya dos partes de *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2000. Entre los defensores de esta iniciativa Vid. en la doctrina italiana, J. Bonell, «Verso un codice europeo dei contratti», *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 171 ss. En la doctrina española, Vid. L. Díez-Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

<sup>279</sup> O. Lando, «El Derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, n.º 116, 2000, pp. 1-20.

<sup>280</sup> *Code européen des contrats (Livre premier)*, Milán, Giuffrè, 2001.

«teoría general del contrato» y buena parte de lo que los Códigos tratan en lo que llamamos la «parte general del Derecho de obligaciones», aunque, desde la sistemática externa, parezca que sólo se trata del contrato. Tal circunstancia viene impuesta por las exigencias propias de la integración, al tener que aceptar, ya lo he dicho anteriormente, un concepto lato de obligación, propio del *Common law*. El Libro I se estructura en once títulos: I. Disposiciones preliminares. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y (sus) remedios.

Por último, entre otras iniciativas, debe hacerse referencia al «Grupo de estudio de un Código civil europeo» que dirige el profesor Hondius, cuyos trabajos versan sobre los contratos de compraventa, de servicios, a corto y a largo plazo, de las garantías, de las obligaciones extracontractuales o de la transmisión de la propiedad de bienes mobiliarios, e incluyen un estudio comparado destinado a facilitar la elaboración de un proyecto exhaustivo comentado, sobre los ámbitos en cuestión, añadiendo una abundante bibliografía. Se trata de una importante labor claramente inspirada en el nuevo Código civil holandés<sup>281</sup>.

La justificación competencial para elaborar un Código Civil europeo, si quiera sea de alcance sectorial, se suele justificar en el art. 95 TCE. Mas la adopción de este cuerpo legal con base en el referido precepto exigiría justificar la vinculación directa de esta acción con las necesidades de establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior. Este concepto, como se desprende del art. 14.2.º TCE, se refiere básicamente a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Parece pues contradictorio que las diferencias entre los Derechos privados nacionales sobre el régimen de los contratos no se hayan considerado restricciones injustificadas a las libertades de circulación y que, a pesar de ello, el buen funcionamiento de tales libertades exija eliminar tales diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales.

## B) ORDENACIÓN DEL MERCADO

106. En cuanto a las reglas de defensa de la competencia puede afirmarse que su inclusión en los procesos de integración responde, en parte, a consideraciones generales de preservación del funcionamiento eficiente del sistema económico, y, en parte, a la lógica específica de estos procesos de integración. La concepción clásica del mercado, que propugna modelos de competencia perfecta y de absoluta libertad de elección por parte del consumidor, se ha visto refutada por diversos factores de índole económica y social. Alternativamente, se ha impuesto un sistema de competencia efectiva o funcional, apegado a la realidad cambiante, integrado por elementos competitivos y monopolísticos y, en definitiva, necesariamente limitado a través de procesos de concentración económica

---

<sup>281</sup> *Towards a European Civil Code*, Nimega, Kluwer, 1994.

para asegurar el progreso tecnológico y el nivel de eficacia. Este modelo de competencia efectiva se consagró en los Tratados Fundacionales de las Comunidades Europeas y en el propio Derecho comunitario derivado. En concreto, el art. 81 CE es una de las disposiciones más importantes del Derecho privado europeo. Ello explica que exista la posibilidad de restricciones a la competencia y el carácter no excluyente de la política de competencia respecto a otras políticas próximas al intervencionismo estatal, como puedan ser las políticas industrial, comercial, regionales, de medio ambiente, etc. Los destinatarios de las normas de libre competencia son las empresas en sentido amplio: personas físicas, jurídicas, públicas o privadas titulares de relaciones jurídicas de contenido económico que producen o distribuyen bienes o prestan servicios, es decir, participando de forma autónoma en el mercado. Tales normas son aplicables cuando la localización del efecto colusorio sea en el interior del Mercado Común, oscilando el procedimiento de tal aplicación entre la teoría de la doble barrera o barrera única. En todo caso, debe procurarse la efectividad de los principios de *non bis in idem* y de aplicación uniforme del Derecho comunitario<sup>282</sup>.

### C) DERECHO DE SOCIEDADES: LA SOCIEDAD EUROPEA

107. El tradicional método basado en la armonización de las legislaciones nacionales a través de Directivas llegó un momento en que no dió los frutos que de él se esperaban, sobre todo a partir de la quinta Directiva, relativa a la estructura de las sociedades anónimas y poderes y obligaciones de sus organismos<sup>283</sup>. Los obstáculos se tradujeron en una serie de bloqueos políticos que pusieron de manifiesto las diferencias fundamentales que existen entre las diversas tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades. Este fracaso, unido a las dificultades de inserción en los Derechos nacionales de normas que, al intentar suprimir las distorsiones entre los Derechos de los Estados miembros, llevaron a la instauración de normativas tan minuciosas como vinculantes, condujeron al legislador europeo a un mayor respeto del ámbito de competencia de los legisladores nacionales y de la libertad contractual de los actores económicos. Además, la creciente competencia económica internacional ha aconsejado sugerir a las empresas europeas el establecimiento tan sólo de aquellas obligaciones que fuesen necesarias, proporcionándoles al mismo tiempo los instrumentos jurídicos que precisasen.

La contemplación del marco de normas e instituciones que han venido conformando tradicionalmente el Derecho mercantil es suficiente para percatarse de que ya en estos momentos existe una disciplina sumamente articulada de acceso al mercado, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como un Derecho de sociedades y de balances prácticamente cerrado. La creación de una Sociedad Anónima de Derecho Europeo o Sociedad Europea (SE),

<sup>282</sup> A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «El Derecho europeo de la competencia: Objetivos, fuentes y sistemática», *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 147-282.

<sup>283</sup> Vid. por todos, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Derecho europeo de sociedades», *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.),..., *op. cit.*, pp. 283-329.

persigue facilitar la reestructuración, a escala de la Comunidad, de los factores de producción, a fin de conseguir la plena realización del mercado interior. Se pretenden superar así las múltiples dificultades jurídicas, fiscales e incluso de índole psicológica que, a pesar de los logros en la aproximación del Derecho de sociedades de los Estados miembros mediante Directivas, aún comporta la actividad transfronteriza de las empresas. La SE habilitará un instrumento genuinamente comunitario más idóneo, frente a la realidad de las ofertas públicas de adquisición, para canalizar la reunión de recursos humanos y capital de empresas situadas en varios Estados de la Comunidad, al objeto de construir una base industrial comunitaria capaz de afrontar con éxito la competencia con empresas norteamericanas y japonesas.

Ha sido un largo proceso iniciado hace más de 30 años cuando la Comisión presentó en 1970 una propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de las sociedades anónimas europeas, objeto de una primera modificación el año 1975, que comienza a adquirir un importante grado de consolidación gracias al consenso al que se llegó en el Consejo Europeo celebrado en Niza en diciembre de 2000. Dicha consolidación es manifiesta con el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa dicho Estatuto en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Sin embargo, para que la Sociedad Anónima Europea sea una realidad en la práctica ha de esperarse al 8 de octubre de 2004, que es la fecha fijada para la entrada en vigor del Reglamento y que es coincidente con el plazo establecido para la transposición de la Directiva. Se pretende con ello posibilitar la creación y el funcionamiento de sociedades de dimensión europea con el propósito de que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan desarrollar la reorganización de sus actividades en el territorio comunitario libres de obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles que puedan dificultar tales actividades. Con ello no sólo podrá constituirse una SE para permitir que se fusionen o creen una sociedad *holding* las sociedades de Estados miembros diversos, o establezcan un sistema de filiales comunes, sino también que una Sociedad Anónima pueda transformarse en SE sin pasar por su disolución, cuando dicha sociedad tenga su domicilio social y su administración central en la Comunidad y una filial en un Estado miembro distinto de su domicilio social<sup>284</sup>.

#### D) PROPIEDAD INDUSTRIAL

108. El acuerdo alcanzado reposa en el establecimiento en el ámbito comunitario de unos derechos en los que las empresas podrían ampararse de manera complementaria o como alternativa a los Derechos nacionales; no puede extrañar que la propiedad industrial constituya una pieza esencial en el proceso de

---

<sup>284</sup> G. Esteban Velasco, «El compromiso de Niza: Por fin, la Sociedad Europea», *RdS*, n.º 16, 2001-1, pp. 141-162.

construcción del Derecho privado europeo<sup>285</sup>. A este propósito responde la armonización legislativa en materia de marcas, diseños y modelos, así como la normativa en materia de Derechos de autor, las normas aplicables a las licencias de patentes y de conocimientos tecnológicos con objeto de favorecer la difusión de los conocimientos técnicos en la Comunidad e incentivar la fabricación de productos de mejor calidad técnica y la armonización iniciada en cuanto a los programas de ordenador, las topografías de los productos semiconductores y la protección de los modelos de utilidad. Y ello sin olvidar que la creación de un sistema de marca comunitaria supone un incremento de las garantías jurídicas en cuanto a la protección de estos signos distintivos para las empresas que operan en el ámbito comunitario. Por descontado, la entrada en vigor del Reglamento (CE) n.º 40/1994, sobre la marca comunitaria, supuso un hito importante en el tratamiento jurídico de los derechos de propiedad industrial desde la perspectiva del Derecho comunitario, introduciendo un modelo de reglamentación a partir de la construcción de un derecho de exclusiva unitario para el territorio comunitario que ha sido seguido, en sus líneas centrales, en otros derechos de propiedad industrial (*vid.* el caso del Reglamento (CE) n.º 2100/94, en materia de obtenciones vegetales y, sobre todo, por su similitud con la marca comunitaria, del Reglamento (CE) n.º 6/2002 sobre dibujos y modelos comunitarios). La complejidad inicial del sistema es evidente y requiere un período de «familiarización», no sólo por los problemas de Derecho material que puedan aparecer sobre el contenido y la configuración de este derecho de propiedad industrial, sino también por la nueva problemática procedimental y procesal inherente al mismo. Desde este punto de vista, cualquier acercamiento que se pretenda con garantías de cierto éxito al Reglamento sobre la marca comunitaria requiere una visión necesariamente interdisciplinar. Sobre esta base se hacía necesario elaborar una obra destinada a las propias empresas interesadas en solicitar una marca comunitaria, a los profesionales jurídicos y a la doctrina científica y con tales pretensiones surgió en 1996, adoptando como criterio metodológico un comentario precepto por precepto del Reglamento sobre la Marca Comunitaria y en el que han intervenido treinta y cinco colaboradores, procedentes tanto del mundo académico, como juristas vinculados profesionalmente a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI)<sup>286</sup>.

#### E) CONSUMIDORES

109. Constituye la política de los consumidores un objetivo esencial de la UE en la mejora de la calidad de vida de todos sus ciudadanos, que se ha proyectado en importantes medidas en contra de la publicidad engañosa, en la lucha contra las cláusulas contractuales injustas, en la reglamentación de la venta a distancia y a domicilio y del comercio electrónico y, por último, al régimen de

<sup>285</sup> A. García Vidal, «El Derecho europeo de la propiedad industrial», *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.),..., *op. cit.*, pp. 1063-1098.

<sup>286</sup> A. Casado Cerviño y M.ª L. Llobregar Hurtado, *Comentarios a los Reglamentos sobre la marca comunitaria*, 2.ª ed., Madrid, La Ley, 2000.

tiempo compartido y de viajes organizados. Medidas todas ellas, que han insistido particularmente en las nuevas realidades que genera el comercio transfronterizo. Este apartado ha ofrecido un carácter estrechamente vinculado al proceso de armonización de legislaciones, pero resulta sorprendente observar lo reducido de las realizaciones concretas en una primera etapa, excepción hecha de disposiciones tales como la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores, que en modo alguno demuestran que la unificación jurídica ha gozado de buena salud en Europa<sup>287</sup>. No obstante, en la actualidad el Derecho contractual del consumo conforma una parte fundamental del Derecho contractual de la CE disponiéndose de un bagaje normativo importante compuesto por de Reglamentos o Directivas comunitarias en materia de contratos negociado fuera de establecimientos comerciales tales como la venta a domicilio (Directiva 85/877/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985) o la venta a distancia (Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997), multipropiedad (Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994), responsabilidad por productos defectuosos y agentes comerciales (Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999) o cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993).

110. Las nuevas necesidades comerciales y la incorporación de las nuevas tecnologías han propiciado en los últimos tiempos una importante revisión de las disposiciones comunitarias a partir de la Decisión n.º 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias a favor de los consumidores. Ello incluye una reglamentación de los servicios financieros al por menor a partir del vigente Reglamento (CE) n.º 2560/2001, de 19 de diciembre de 2001, sobre pagos transfronterizos en euros, que protejan adecuadamente a los consumidores independientemente del lugar de la UE donde se encuentren; asimismo, comprende un marco jurídico global, para los pagos en el mercado interior a través de la revisión y actualización de la Directiva 87/102/CEE, del Consejo de 22 de diciembre de 1986. Y junto a esto se está trabajando en la protección de los consumidores en todas las modalidades del transporte, preferentemente, del transporte aéreo.

Las acciones comunitarias comprenden también el complejo marco de la solución de controversias en materia de consumo. La recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, pone el acento en los problemas de acceso de los consumidores individuales a la justicia, como son los elevados costes del asesoramiento jurídico y la representación; y la duración de los plazos antes de que un asunto llegue a los tribunales. Para ello se establecen una serie vías de actuación. En primer lugar, la simplificación y la mejora de los procedimientos judiciales incluyendo la posibilidad de presentar la instancia en una modalidad simplificada, con lo que la intervención

---

<sup>287</sup> R. Zimmermann, *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 28-29.

de un abogado se vuelve facultativa, y se fomentan los intentos de reconciliación ante un juez. En segundo lugar, la mejora de la comunicación entre los consumidores y los profesionales, con el fin de ayudar al consumidor a encontrar una solución de mutuo acuerdo en el litigio que le enfrenta al profesional, superándose la falta de información de los consumidores. Por último se arbitran una serie de procedimientos extrajudiciales como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

#### F) PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

111. A ello hay que añadir, para finalizar, el tratamiento dispensado a las instituciones concursales (Proyecto de 23 de noviembre de 1995 relativo a la quiebra internacional y, sobre todo, Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia) las normas unificadoras del Convenio de Ginebra en materia de letra de cambio y, en particular, tanto el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil como el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Todos estos elementos integran *rationae materiae* el núcleo fundamental de un hipotético Derecho Mercantil de dimensión europea y constituyen el dispositivo básico con el que tenemos que contar en estos momentos.

Pues bien, una vez descrita la evolución normativa, ¿qué valoración merece este nuevo producto jurídico? Lo primero que hay que decir es que las concepciones político-jurídicas de la Comunidad han vertido en una disciplina original y en una instrumentación técnica altamente perfeccionada, aptas para modernizar el aparato jurídico de los Estados miembros en materia de sociedades. Dicho esto debemos apresurarnos en señalar que, si algo pone de manifiesto esta evolución es que el mercado único sigue estando necesitado de la unificación del Derecho privado, al menos en lo que se refiere al Derecho mercantil y demás materias relevantes para el tráfico económico. O dicho con otras palabras: la existencia de un espacio económico común debería contar, en la medida de lo posible, con un derecho patrimonial privado común.

### VI. CODIFICACIÓN DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### 1. Papel de las normas de conflicto clásicas en la solución de los problemas del tráfico mercantil internacional

112. Los empeños en favor de una unificación material de fondo, destinada a la construcción de un Derecho sustantivo uniforme que supere la mera unificación de las normas de conflicto, siguen constituyendo un proceso legislativo inacabado y sus resultados han de calificarse todavía como modestos. La unificación material no implica que deban descartarse las técnicas basadas en el con-

flicto de leyes; por eso el Derecho internacional privado sigue desempeñando un papel importante la regulación de las transacciones comerciales internacionales y ello por dos razones, una metodológica y otra de eficacia. De cualquier forma el «lastre de la teoría del conflictualismo»<sup>288</sup> y el debate entre posiciones unilateralistas y multilateralistas sigue pesando en las soluciones sanas para el sector que estamos examinando.

La aplicabilidad de las normas uniformes establecidas en tratados internacionales o, si se quiere, la concreción de las situaciones en las que resulta de aplicación las referidas normas uniformes, es similar a la que se practica a través de normas de naturaleza conflictual. En general, las normas materiales reclamadas previstas en un Convenio recibirán tratamiento en el foro como si fueran normas materiales de la *lex causae*; sin embargo, en este caso particular se imponen una serie de consideraciones adicionales pues se requiere como presupuesto previo la observancia de los criterios de aplicación establecidos en el propio Convenio. En unos casos estos criterios determinan una aplicación directa de la norma convencional, que desplegaría sus efectos a título de norma material independiente (v.g.: art. 1.1.º a) del Convenio de Viena de 1980 o art. 2.1.º b de la Convención de Ottawa sobre *factoring* internacional de 28 de mayo de 1988); por tanto no se plantea ningún problema especial. Sin embargo, en otros casos se hace depender la aplicación de la norma convencional de las normas de Derecho internacional privado que funcionarían, por tanto, como norma material especial de carácter dependiente.

Desde el punto de vista de la eficacia, las soluciones conflictuales siguen desempeñando un papel relevante para cubrir las múltiples lagunas que ofrece el Derecho uniforme y para resolver las situaciones en las que se producen insalvables divergencias interpretativas de dicho Derecho por parte de los operadores jurídicos de los diversos Estados<sup>289</sup>. Y a ello debe añadirse que los problemas derivados de las materias objeto de unificación excluidas del texto uniforme deben ser resueltas a partir de las normas del Derecho internacional privado del foro, en tanto el texto en cuestión no establezca normas de conflicto uniformes. El corolario de todo lo expuesto es que el Derecho uniforme se integra, pero no sustituye por completo a las normas de conflicto que desempeñan un carácter complementario.

113. No es, pues, el momento de entrar en el debate en torno a la insuficiencia de las normas de conflicto clásicas para resolver los problemas derivados del tráfico mercantil internacional<sup>290</sup>. Pero si debemos recordar que el método

<sup>288</sup> Cf. F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, «Conflictualismo y *lex mercatoria*...», *loc. cit.*, pp. 20-21.

<sup>289</sup> El ejemplo más utilizado para justificar esta afirmación es el del art. 7.2.º del Convenio de Viena de 1980 que establece para el supuesto en que el recurso a los principios generales que la inspiran no sea suficiente a acuda a la «ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado». Vid. S.M. Carbone, «L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1980, pp. 513-534.

<sup>290</sup> Vid. P. Kahn, «La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses», *McGill L.J.*, vol. 37, 1992, pp. 413 ss, esp. p. 416. En España: R. Illescas Ortiz, «El Derecho Uniforme del comercio internacional y su sistemática», *RDM*, n.º 207, 1993, pp. 45-46; J. San Juan Cruce-



conflictual, entendido como aquél conjunto de normas que se limita a designar la ley aplicable a una determinada relación jurídica conectada con dos o más ordenamientos jurídicos, si bien no ha desaparecido por completo, ha mostrado cierta ineficacia en la resolución de los problemas del tráfico mercantil internacional. El conflicto de leyes, identificado con frecuencia con el Derecho internacional privado, siempre ha sido considerado con máximo recelo por los comercialistas, en particular los abogados prácticos. Ello es explicable, dado que el Derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el Derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo. Existe, además, otra buena razón para procurar resolver los casos sin recurrir a reglas de conflicto «intermediarias»: las normas de conflicto nacionalizan la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Desdichadamente gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales. Precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del Derecho uniforme aunque sus resultados han sido tal limitados que en la actualidad la norma de conflicto sigue manteniendo un papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional. En otras palabras: la consecución de un texto de Derecho uniforme no elimina, la concurrencia del método conflictual, máxime teniendo en cuenta la escasez de sus resultados positivos.

Eso significa que la distinción entre «nacionalizar» la situación internacional refiriéndola a un sistema jurídico interno, e «internacionalizar» los sistemas jurídicos por medio de la armonización o de la unificación, se está volviendo siempre menos tajante. No debe extrañar que se evidencie en las realizaciones recientes y el trabajo en curso de los legisladores internacionales: así como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado también produce Derecho material, la Uncitral y el Unidroit no temen hacer incursiones en el campo del verdadero Derecho internacional privado. Por eso la tendencia a la unificación de las normas de conflicto aún ocupa un capítulo relevante en la codificación internacional.

Es cierto que las técnicas del Derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional<sup>291</sup>. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Por eso es menester marginar la técnica tradicional de la norma de conflicto en favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular el comercio internacional<sup>292</sup>. Este, en efecto, requiere rapidez y seguridad, pero también certidum-

---

laegui, «La regulación de las relaciones mercantiles internacionales y el desarrollo del Derecho del comercio internacional»; *Estudios de Deusto*, vol. 48-1, 2000, pp. 49, 98, esp. p. 51-54.

<sup>291</sup> I.F.G. Baxter, «International Conflict of Laws and International Business», *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 538-559.

<sup>292</sup> De ahí que se reclame la necesidad de «si no sustituir —lo que, en principio, no parece factible— el menos completar el método “clínico” de las normas de conflicto por un método “preventivo” que, a través de la unificación y armonización gradual de las normas materiales de fondo, conduzca a la elaboración de un Derecho sustancialmente uniforme que no sólo constituya una superación por vía

bre, elementos que raramente suelen acompañar a la norma de conflicto. En la hora actual se trata de evitar el carácter imprevisible de la remisión efectuada por dicha norma, a través de otros modelos normativos<sup>293</sup>; y en cualquier caso no puede desconocerse que el legislador interno utiliza con frecuencia las denominadas normas materiales imperativas para la salvaguarda de determinados intereses que considera irrenunciables para el foro, como la protección del consumidor, la libertad contractual, la lealtad en las transacciones comerciales y en el mercado, etc. Conviene traer aquí a colación el amplio debate doctrinal que se generó a principios de los años setenta del pasado siglo en torno al pluralismo metodológico y que entre otras cosas puso de manifiesto la virtualidad de las normas materiales especiales para alcanzar las soluciones más satisfactoria a los problemas del tráfico externo<sup>294</sup> y, más concretamente a los propios de las transacciones comerciales.

## 2. Alcance y problemas de la codificación internacional

### A) UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NORMAS DEL DERECHO APLICABLE A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

114. Aún hoy es evidente que la unificación jurídica en el sector del Derecho aplicable, con independencia del método empleado, ofrece ventajas para el comercio internacional. También es evidente que en este particular sector hasta la fecha el instrumento más eficaz ha sido el convenio internacional. El recurso a la unificación conflictual ha tenido gran predicamento hasta tiempos recientes por su carácter menos controvertido y por ofrecer mayores facilidades de negociación con vistas a la consecución de un Convenio. Pero tampoco han faltado defensores de esta posición aludiendo a que la unificación de normas materiales de aplicación general ignora las diferencias conceptuales y metodológicas existentes entre las distintas legislaciones, cosa que no sucede si se recurre a técnicas conflictuales<sup>295</sup>. Además, en términos generales, la elección entre una u otra técnica está en función de la disponibilidad de los Estados para modificar sus ordenamientos y es obvio que existen mayores reticencias hacia la unificación del Derecho material. En cualquier caso la tendencia a la materialización de las normas de Derecho internacional privado sobre Derecho aplicable no se acomoda con las técnicas codificadoras tradicionales basadas en los Convenios internacionales<sup>296</sup>. Estos instrumentos son fuentes obligatorias y rígidas que conce-

---

de síntesis comparativa, sino que sirva sobre todo a una disciplina más justa y adaptada a las peculiares exigencias del tráfico mercantil internacional» (Cf. L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca, «El Derecho mercantil internacional: ¿Una nueva categoría sistemática?», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 16, 1995, pp. 115 ss).

<sup>293</sup> A. Remiro Brotons, «Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», *Temis*, 1973-74 (*Simbolae García Arias*), pp. 605 ss.

<sup>294</sup> Cf. F.K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, «Conflictualismo y *lex mercatoria*...», *loc. cit.*, pp. 28.

<sup>295</sup> H. Bauer, «Les traités et les règles de droit international privé matériel», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 570.

<sup>296</sup> Por descontado no ocurre así en otros sectores de este ordenamiento como en el la cooperación judicial internacional, donde la pieza maestra de la regulación internacional es el Convenio interna-

den escaso margen de maniobra a los Estados contratantes a la par que presuponen un consenso que es de difícil consecución en cuanto que las normas de conflicto traducen valores materiales<sup>297</sup>.

El supuesto carácter «neutro» de las normas de conflicto resultantes de una negociación convencional puede contribuir a desalentar a los Estados hacia incorporación del texto por no ver reflejadas en él sus propios intereses. Si se quiere, la neutralidad derivada de la consecución del necesario consenso tiende a acentuar el carácter conservador de las normas de conflicto insertas en un tratado internacional. Ello explica las razones por las que las relaciones mercantiles internacionales tiendan a evadirse de esa metodología codificadora, que cada vez se centra en mayor medida en cuestiones de carácter no patrimonial, y que se acomoden mejor a la unificación material.

## B) CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

115. La Conferencia de La Haya de DIPr es una Organización interestatal de carácter permanente, creada en 1893 bajo los auspicios del Gobierno de los Países Bajos, cuya finalidad es la unificación progresiva de las normas de DIPr de los países miembros. Los orígenes de la misma se remontan a finales del pasado siglo, y tienen un marcado carácter europeo, si bien, tras la segunda Guerra mundial van a ingresar miembros de otros continentes. Su composición ofrece cierta complejidad al reunir delegaciones de países con tradiciones jurídicas muy diversas: al lado de los representantes de sistemas de Derecho internacional privado codificados (Suiza, Italia, Alemania, España...), se encuentran un número importante de sistemas no codificados o apenas codificados (Francia, Países Bajos...); frente a representantes de países de *common law* (Reino Unido, Estados Unidos...), existen representantes de países de Derecho civil, frente a representantes de Derecho musulmán (Marruecos, Egipto...) se encuentran Estados regidos por Derecho escandinavo, y lo propio ocurre entre los representantes de economía de mercado y de economía planificada (R.P. China) y procedentes de áreas geográficas muy distantes del núcleo originario de la Conferencia, marcadamente europea (Argentina, Japón...). Se trata, en suma, de realizar una codificación en el marco de una coexistencia organizada entre sistemas jurídicos tan diferentes como el *common law*, los sistemas germano-romanos, los Derechos socialistas, el Derecho musulmán o el Derecho mosaico y, más recientemente, el gestado en el seno de los países iberoamericanos.

---

cional. Los resultados de la codificación internacional del Derecho internacional privado evidencian que es en esta particular materia donde se han conseguido mayores éxitos, tanto por la masiva participación de los Estados como por su aplicación habitual por las jurisdicciones nacionales. Vid. J.C. Fernández Rozas, «La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 81-100; *id.*, «La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano-filipino», *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, vol. 15, 2001, pp. 13-73.

<sup>297</sup> J.D. González Campos, «Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique», *E pluribus unum. Liber amicorum G.A. Droz*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 109-110.

El mecanismo que utiliza para llevar a cabo dicha unificación es el Convenio, que es elaborado a través de las distintas sesiones de la Conferencia; sin embargo, también esta institución ha experimentado los inconvenientes que ocasiona el largo, costoso e incierto proceso de firma, ratificación y entrada en vigor de los tratados. De ahí que haya admitido con carácter excepcional, sobre todo en los últimos tiempos, el recurso a leyes modelo o recomendaciones<sup>298</sup>, aunque siempre conservando la pieza maestra de su modelo codificador que sigue siendo el convenio internacional. En cualquier caso y por obvias razones de efectividad, la Conferencia ha venido manifestando desde antiguo una tendencia hacia la especialización codificadora; la restricción del ámbito material que expresan los Convenios se presenta como una alternativa a los particularismos presentes en los Estados participantes en las negociaciones. Dicha especialización ha repercutido de manera significativa en el ámbito mercantil donde la Conferencia no ha logrado sus éxitos más señalados, en el sentido de que no existen demasiados textos reguladores por más que en los últimos tiempos se evidencia una tendencia contraria.

116. A través de dos distintas etapas, la Conferencia ha elaborado más de treinta convenios, que han afectado a materias vinculadas principalmente con los conflictos de leyes en el orden civil y con el Derecho procesal civil internacional, aunque también se ha dedicado, desde en perspectiva fundamentalmente conflictual a materias más o menos relacionadas con la materia mercantil: responsabilidad por la fabricación de productos, contratos de intermediarios y representación, venta internacional de mercancías... Las experiencias de las discusiones en el seno de la Conferencia, demuestran que los frutos de los trabajos de los representantes de diversas culturas jurídicas tienen un carácter especial que los distingue de los productos legislativos de orden jurídico nacional, al estar presididos por la idea de compromiso internacional<sup>299</sup>.

El tratamiento de las cuestiones relativas al tráfico mercantil internacional fue tardío en la agenda de la Conferencia pues al margen de ciertos intentos de codificación de la quiebra y de la compraventa en su segunda etapa (1925-1928), solo en la tercera (1951-1984) prestó una atención más concreta a esta materia que dio como fruto un número reducido de Convenciones; la Convención sobre la ley aplicable a la compra-venta internacional de bienes muebles corporales, de 1955 (sustituida por la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, de 1986), la Convención sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales, de 1958, la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, de 1978 y la Convención sobre ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, de 1985. El balance de la vida de estos esfuerzos codificadores sólo puede calificarse de negativo

---

<sup>298</sup> Cf. A. Von Overbeck, «La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé», *R. des C.*, t. 233, 1992, p. 38.

<sup>299</sup> J.H.A. Van Loon, «Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *Liber Memorialis François Laurent, 1810-1887*, Bruselas, Story-Scientia, 1989, pp. 1133-1149.

pues, al margen de que contener importantes reservas, mientras la primera y la última de estas Convenciones cuentan con un número muy reducido de Estados partes, la segunda y la tercera no están siquiera en vigor, como tampoco lo está la Convención de 1985 sobre ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías, suscrita únicamente por Argentina. España no se ha incorporado a ninguna de ellas.

En los últimos tiempos la agenda de la Conferencia ha incluido nuevos temas en el sector mercantil, en concreto la determinación de la ley aplicable a la constitución de derechos de garantía sobre valores anotados en cuentas de intermediarios financieros, estimándose en 2001 que esta propuesta codificadora ofrecía viabilidad; aunque el objeto inicial del convenio era la eficacia jurídico-real de los referidos derechos de garantía, se estimó más conveniente extender dicho ámbito para cubrir la situación del titular de los valores anotados<sup>300</sup>.

#### C) CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP)

117. El Derecho mercantil es también un claro paradigma de las influencias europeas en el Continente Americano y resulta un hecho incontrovertido que la homogeneidad de la legislación civil latinoamericana también se extendió al campo del Derecho mercantil. Esta identidad surge en primer lugar por la supervivencia, aunque durante un período relativamente breve, de la legislación colonial española y portuguesa con posterioridad a la independencia, ya fuese por disposición expresa de los nuevos gobiernos nacionales o por el mantenimiento tácito de su vigencia. Asimismo, durante el siglo XIX existió una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1885. Mientras que un primer grupo que incluye a Haití (1826) y la República Dominicana (1884) copiaron al modelo francés al pie de la letra, un segundo grupo adoptó el modelo español de 1829, entre los que se incluye de Ecuador (1831), Paraguay (1846), Perú, Costa Rica y Colombia (1853). Un tercer grupo de países siguió al modelo español de 1885, entre los que se incluyen Honduras (1890), Perú (1902), Puerto Rico y Cuba (1899). Los principales códigos de comercio latinoamericanos, con excepción del chileno, fueron promulgados con anterioridad a los primeros códigos civiles lo que motivó que los códigos de comercio incluyeran en su texto una variedad de disposiciones sobre obligaciones y contratos civiles que ya resultaban arcaicas a la época en que se dictaron los nuevos códigos civiles. Este fenómeno, unido a la estructura económica de los países de América Latina durante el siglo XIX ha dado lugar, por un lado, a una continua aspiración para la modificación y modernización del derecho mercantil, y, por otro lado, a una serie de iniciativas tendientes hacia la unificación del Derecho civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, como se concretó el Código Civil italiano de 1942. El panorama se completa a partir de dos codificaciones comerciales suramericanas que influyeron decisivamente en la

---

<sup>300</sup> F.J. Garcimartín Alférez, «Los trabajos de la Conferencia de La Haya sobre valores anotados en intermediarios financieros», *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 303-312.

legislación de otros países suramericanos, valga decir el Código de Comercio chileno de 1865 (en Colombia, Ecuador y Venezuela) y el Código de Comercio argentino de 1862 (en Paraguay y Uruguay).

118. A partir de esos substratos comunes, desde la primera etapa de la independencia de las Repúblicas iberoamericanas se asistió a una marcada tendencia hacia la codificación supranacional en esta área geográfica del Derecho internacional privado abarcando muchos sectores privativos del Derecho del comercio internacional, aunque su función codificadora es mucho más amplia. Dicha tendencia se proyectó, entre otras materias, al Derecho internacional privado en virtud de la labor realizada en una serie de «Congresos hispanoamericanos» que tuvieron lugar a partir de 1826 y que dieron lugar a los denominados «Tratados de Montevideo» de 1889, revisados en 1939-1940. Frente a este movimiento codificador de carácter autóctono, se registró otro movimiento paralelo de mayor alcance, que también prestó atención a cuestiones de DIPr con una marcada influencia de los Estados Unidos de América. Se trata de las denominadas «Conferencias Panamericanas» que tuvieron lugar a partir de 1889 y que, en nuestro campo concreto, cristalizaron en el «Código Americano de DIPr» (denominado también «Código Bustamante») que fue concluido en 1928 y adoptado por 15 Estados (fundamentalmente centroamericanos), aunque con numerosas reservas y cláusulas de salvaguardia que dificultaron en la práctica su entera aplicación.

Tras la segunda guerra mundial este movimiento paralelo de codificación registrará un esfuerzo de síntesis que va a vincularse a una Organización internacional de carácter regional: la OEA. Y en los últimos años se ha asistido a un renacimiento de la codificación internacional del DIPr en América, sobre todo a partir de los años setenta en que, a instancias del Comité Jurídico Interamericano, la Asamblea General de la OEA, por Resolución de 23 de abril de 1971 decidió convocar la I Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr que se reunió por primera vez en Panamá en 1975, con importantes resultados codificadores y últimamente en Washington. Los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los Convenios que van surgiendo de la Conferencia.

119. La labor codificadora realizada en la CIDIP ha sido ingente<sup>301</sup>, toda vez que en poco más de 30 años ha elaborado una multitud de Convenios que cubren un amplio abanico de materias, destacando por su originalidad la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, hecha en Montevideo en 1979. La codificación cubre fundamentalmente el Derecho procesal civil in-

---

<sup>301</sup> Vid. D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994; D. Opperti Badán, «La codificación del DIPr: análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de DIPr de la Haya y por la CIDIP», *España y la codificación internacional...*, op. cit., pp. 259-283; J. Samtleben, «Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea», *ibid.*, pp. 293-302.

ternacional y el Derecho civil internacional, pero que no olvida, antes al contrario el Derecho del comercio internacional, como evidencias los Convenios elaborados en sectores tales como conflictos de leyes en materia de cheques, conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, arbitraje comercial internacional, conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles y transporte internacional de mercaderías por carretera<sup>302</sup>. Dentro de estos resulta obligado referirse a la Convención interamericana sobre arbitraje aprobada en la CIDIP I que pese a importantes reticencias ha demostrado tener un éxito notable como demuestra su vigencia en 16 Estados, muchos de ellos también partes del Convenio de Nueva York de 1958.

A nuestros fines interesa destacar que la materia mercantil ha sido el eje central de las últimas Conferencias, señaladamente de la última que tuvo lugar en Washington, abordándose materias tales como el mandato y la representación comercial; la documentación mercantil uniforme para el comercio internacional, incluyendo la revisión y actualización de la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, de 1989, con la incorporación del conocimiento de embarque; las quiebras internacionales; y la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales.

Por lo demás la aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena 1980 sobre venta internacional de mercaderías preparada por Uncitral, como así también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales que se encuentra elaborando Unidroit, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo Unidroit y Uncitral.

### 3. Alcance y problemas de la codificación interna en el sistema español

#### A) DEBATE EN TORNO A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN ESPAÑA

120. La cuestión relativa a la codificación del Derecho internacional privado está sometida a un amplio debate doctrinal en España centrado en su oportunidad a la luz de los resultados en otros países de nuestro entorno socioeconómico, entre los que cabe citar a Suiza, Quebec o Italia, que incluyen un tratamiento de conjunto a los tres sectores que conforman este ordenamiento (competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras). Y ello porque la regulación del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil no tomó en consideración los criterios inspirado-

---

<sup>302</sup> D. Opperti Badán, «Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP», *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 217-237.

res de la codificación interna e internacional existentes en 1974 más que con carácter residual<sup>303</sup>. De una comparación respecto a las modernas codificaciones estatales de DIPr, sobre todo en el área europea, se pone de relieve una circunstancia de carácter negativo que pone el acento en la técnica de codificación utilizada y registra el hecho de que las normas relativas a los «conflictos de leyes» han ido desapareciendo paulatinamente de los Códigos civiles para irse a integrar en Leyes especiales<sup>304</sup>. Esta tendencia, iniciada en el círculo de los antiguos países socialistas y generalizada en otros círculos jurídicos, figurando en los proyectos de codificación en curso, no fue seguida en su día por el legislador español. No contienen, en efecto, los arts. 8 a 12 del Código civil una reglamentación general del conjunto de las relaciones privadas internacionales centrándose, por el contrario, preferentemente en la solución de los conflictos de leyes «civiles», con exclusión, en principio, de los problemas de las relaciones comerciales internacionales. El resultado ha sido una ordenación que, pese a sus pretensiones de generalidad por el carácter atribuido al Título Preliminar del Código civil en tal sentido, no regula más que parcialmente las relaciones comprendidas dentro del Derecho internacional privado. Y este carácter restrictivo olvida, además, que uno de los factores del tráfico jurídico externo en la actualidad consiste en la presencia de normas de Derecho público que gravitan decisivamente sobre las relaciones civiles y mercantiles. Pero, incluso en el plano de las relaciones «civiles», los preceptos del Título Preliminar del Código civil son incompletos: la mayor parte de las cuestiones consideradas han sido reguladas en términos muy generales, muchas veces con conexiones únicas y, en ocasiones, poco adecuadas a las necesidades actuales del Derecho internacional privado, que dejan en la sombra muchos aspectos<sup>305</sup>.

121. El pronunciado el carácter «civilista» de las normas de DIPr del Título Preliminar del Código civil ofrece algunas excepciones, pero éstas en modo alguno evidencian una vocación general del legislador por construir un «sistema general» que incluya la reglamentación de los conflictos de leyes en materia mercantil, no obstante, incurre en algunas excepciones que son inexplicables en pura técnica legislativa; en concreto, al referirse a las «personas jurídicas» (art. 9.11.º), a los «títulos valores» (art. 10.3.º), a la «propiedad industrial» (art. 10.4.º) y a las «compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles» (art. 10.5.º.II).

El art. 9.11.º I del Código civil opta por someter el estatuto personal de las personas jurídicas a la misma ley que el correspondiente a las personas físicas,

---

<sup>303</sup> Vid. con carácter general J.C. Fernández Rozas, «Capítulo IV. Normas de Derecho internacional privado», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 1-95.

<sup>304</sup> F. Rigaux, «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codifications de la dernière décennie», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 1 ss.

<sup>305</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, «El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil («Normas de Derecho internacional privado»): veinticinco años después», *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2411-242447.



al establecer que «la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada a su nacionalidad, y regirá todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción». Sin embargo, en el ámbito transfronterizo los problemas que suscitan las sociedades son susceptibles de enfocarse desde una óptica distinta a la del Derecho aplicable, a saber, el reconocimiento de la personalidad jurídica a los fines del ejercicio de una determinada actividad económica. El precepto establece, no obstante, un ámbito de aplicación específico de la ley de la nacionalidad de la persona jurídica, vinculado a aspectos relativos a su propia creación y funcionamiento. De esta suerte, el sistema español sólo es capaz de suministrar los criterios según los cuales una sociedad o persona jurídica será considerada española. Con carácter general, tienen nacionalidad española las personas jurídicas que cumplan una doble condición: que tengan su domicilio en España y se hayan constituido conforme a la ley española (art. 28 del Código civil). Existen, sin embargo, criterios específicos para determinar la nacionalidad española de sociedades anónimas (art. 5 de la LSA) y de sociedades de responsabilidad limitada (art. 6 de la LSRL), que combinan el criterio de la constitución conforme a la ley española con un índice relativo a la sede real: la presencia en España del establecimiento o explotación principal. Además, de conformidad con el art. 9.11.º I la constitución de una sociedad española ha de regirse por el Derecho español. La aplicación de este mandato no presenta excesivas dificultades cuando los fundadores de la persona jurídica de que se trate pretenden su constitución de acuerdo con el Derecho español los problemas surgirán fundamentalmente en los casos en los que nos encontremos ante una sociedad que ha de ser considerada española, pese a haberse creado de acuerdo con un Derecho extranjero; cuestión que debe analizarse en sede de reconocimiento en España de sociedades creadas de acuerdo con un Derecho extranjero.

Para la determinación del Derecho estatal aplicable a la fusión internacional, el art. 9.11.º II del Código civil, dispone: «en la fusión internacional de sociedades se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales», de las sociedades que participen en esa operación<sup>306</sup>. Según la interpretación más frecuente de este precepto, a pesar de su literalidad no siempre procederá la aplicación conjunta o cumulativa de los Derechos estatales a que remite esa norma; y para determinar dicho efecto será preciso valorar la concreta cuestión de cuya regulación se trate, al objeto de decidir si han de tenerse en cuenta todas las leyes en presencia, o sólo alguna de ellas. Por el contrario, para determinar cómo ha de proceder la disolución y extinción de las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión (v. gr. exigencia o no de un acuerdo social específico de disolución, necesidad o no de una inscripción preceptiva de la disolución en el Registro Mercantil), habrá que acudir, respecto de cada sociedad, al Derecho del país de su nacionalidad.

El art. 10.3.º del Código civil regula la emisión de los títulos valores que circulan de un país a otro y se utilizan en el comercio exterior; la emisión cons-

---

<sup>306</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca, «Art. 9.11.º», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª ed., t. I, vol. II. Madrid, Edersa, 1995, pp. 479-525.

tituye un hecho, equivalente a su puesta en circulación y la obligación no surgirá hasta en tanto el suscriptor o emisor lo ponga en circulación, entregándoselo al tomador. Pero esta regla jurídica no abarca todos los actos relacionados con el nacimiento, transfiguración y desaparición de los mismos; su redacción unilateral expresa el deseo del Estado de reglamentar las relaciones en este sector de acuerdo con sus propios intereses respetando la reglamentación de los demás Estados. Existen, no obstante, normas específicas para determinados títulos que modifican el alcance de este precepto y que regulan los aspectos señalados: así la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (en adelante LCCh) en sus arts. 98-105 y 162-167<sup>307</sup> o la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en sus arts. 3, 25, 36, 38.2.º.

La solución del Código civil contenida en el art. 10.4.º respecto de la propiedad industrial está basada en el postulado de territorialidad que se proyecta tanto desde la perspectiva de la creación de los derechos como desde la de su protección. Es pues coherente con todo la labor realizada por el Derecho unionista, al que más delante nos referiremos, como se pone de relieve en la prioridad que concede el precepto a la regulación convencional. Nos encontramos con una norma de Derecho internacional privado unilateral a partir de la cual cada Estado fija en el interior de su territorio las condiciones de existencia y de protección de los derechos de propiedad industrial.

122. El cauce de la «Ley Especial», sin embargo, no es el único y admite otras posibilidades codificadoras de desigual alcance. Cabe retener aquí el método de «codificación parcial», que ofrece tres manifestaciones principales. La primera, objeto de numerosas críticas, sería aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de Derecho internacional privado. La segunda, de mayor alcance y peor sistemática, consiste en utilizar cualquier cauce de reforma, material o conflictual, para introducir normas de DIPr; es la utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del del Código civil, pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material. Por último, una tercera vía se puede producir a través de una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseminadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa; es la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986. Esta última constituye una experiencia modélica que, a nuestro juicio, bien podría guiar a nuestro legislador en el futuro como solución alternativa a su rechazo hacia la técnica de la Ley Especial: Se produce una reforma sustancial del sistema y, aunque subsiste la dispersión, sobre todo entre el plano procesal y el sustantivo, la reglamentación posee una coherencia interna de la que carece, hoy por hoy, la española.

---

<sup>307</sup> J.D. González Campos, «Las normas sobre “conflictos de leyes” en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas», *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. A. Menéndez), Madrid, 1986, pp. 953-978; S. Sánchez Lorenzo, *Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996; G. Ripoll Oladazabal, «El Derecho internacional en el ámbito de la letra de cambio», *Aspectos sustantivos de la letra de cambio*. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, CPGJ, 1994, pp. 233-267.

B) INCIDENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

123. Tradicionalmente se ha señalado que la codificación a través de los tratados internacionales constituye un factor que fortalece la semejanza de los distintos sistemas de Derecho internacional privado potenciando el proceso de adopción de soluciones comunes a los diferentes Estados en el ámbito del tráfico jurídico externo<sup>308</sup>. En la actualidad, es manifiesto el crecimiento paralelo de los sistemas de Derecho internacional privado nacionales y de los convenios, preferentemente multilaterales, relativos a este ordenamiento, pues el fenómeno de la codificación interna y el de la codificación internacional ha solido coincidir en el tiempo, existiendo una influencia recíproca. Al contrario de lo que ocurría en otros países de nuestro entorno más inmediato, señaladamente Alemania, Suiza, o Francia, la política de incorporación de España a los instrumentos internacionales reglamentadores del tráfico externo fue, hasta finales de los años ochenta, más bien modesta y suscitando importantes problemas en orden a su elaboración y a su aplicación. En la actualidad, no obstante, se ha producido un giro copernicano y puede afirmarse que la reglamentación convencional es la dominante en el sistema español de DIPr, incluso, en el ámbito de los «conflictos de leyes»<sup>309</sup>. Por eso, la interpretación y aplicación del Capítulo IV del Título Preliminar del Cc no puede prescindir de esta dimensión.

124. El capítulo de la ley aplicable a las obligaciones contractuales registra un protagonismo tan relevante del DIPr convencional que ha tenido la virtud de convertir en residuales las normas de conflicto del Cc. Las reglas generales de nuestro sistema, se incluyen en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dentro de su ámbito de aplicación material (art. 1), y dado su carácter universal (art. 2). El Convenio excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación una serie de modalidades contractuales tales como las obligaciones cambiarias, los acuerdos de elección de foro, constitución de *trust*, etc. (art. 1.2.º). Para estos supuestos y sin perjuicio de la aplicación de disposiciones de carácter específico, sigue vigente la antigua reglamentación general contenida en el art. 10 del Código civil. Asimismo, di-

<sup>308</sup> Vid. la relevancia de los tratados internacionales en el Derecho internacional privado y sus problemas en E. Bartin, «Le droit conventionnel envisagé comme source du droit international privé en France», *Journ. dr. int.*, t. 54, 1927, pp. 5-33; H. Bauer, «Les traités et les règles de droit international privé matériel», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 537-574; B. Dutoit y F. Majoros, «Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 565-596; R. Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités*, Alençon, Imp. Alençonnaise, 1946; A. von Overbeck, «Essai sur la délimitation du domaine des Conventions de droit international privé», *Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1959, pp. 325 ss.; E. Vitta, «International Conventions and National Conflict Systems», *R. des C.*, t. 126, 1969-I, pp. 111-232.

<sup>309</sup> J.C. Fernández Rozas, «Los tratados internacionales en el sistema español de derecho internacional privado y su aplicación judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial: Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, 1997-I, pp. 59-158; id., «Problemas de asimilación de los tratados internacionales de Derecho internacional privado en un sistema de base estatal: la experiencia española», *Mélanges Fritz Sturm*, vol. II, Lieja, Éditions Juridique de l'Université de Liège, 1999, pp. 1447-1468.

chas disposiciones generales rigen los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma (art. 17), que para España tuvo lugar el 1 de setiembre de 1993. Las modalidades contractuales excluidas del Convenio se rigen, asimismo, en cuanto a la forma por el art. 11 del Código civil. El Convenio de Roma excluye de su ámbito de aplicación ciertas cuestiones que siguen reguladas por el DIPr autónomo. En primer lugar, la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar (que se determina, en todo caso, conforme al art. 10.11.º del Código civil), o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; en segundo lugar, las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; en tercer lugar, los convenios de arbitraje y de elección de foro.

Los contratos de compraventa internacional de mercancías siguen, no obstante, las reglas materiales especiales contenidas en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, cuya aplicación procede, con carácter general, cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y a) esos Estados sean Estados contratantes, o b) cuando las normas de DIPr prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Una mayor precisión del ámbito de aplicación de este Convenio se encuentra en las disposiciones de sus arts. 1 a 6. El Convenio está en vigor para una treintena de Estados, entre ellos España.

### C) NORMAS REGULADORAS DEL TRÁFICO MERCANTIL INTERNACIONAL EN LAS LEYES ESPECIALES

125. Como ya hemos apuntado, la proliferación anárquica de leyes especiales al margen de los Códigos tradicionales es una situación que se registra en otras ramas del Derecho y, en particular en el Derecho mercantil, lo cual ofrece una nueva dimensión del fenómeno codificador con el resultado del crecimiento de un particularismo en la reglamentación de una materia cuyo objeto es preferentemente internacional. Pero la contemplación de la realidad parece manifestar lo contrario. Es cierto que el legislador estatal proyecta en la redacción de sus normas de Derecho internacional privado sus propios intereses y valores, mas ello no implica que lo haga desconociendo lo que ocurre en su entorno inmediato. En la práctica la redacción de estas normas y en particular las relativas a los conflictos de leyes muestra una fuerte preocupación del legislador por la coordinación entre sistemas produciéndose una cierta confluencia entre los sistemas estatales. Ello se evidencia a través del carácter ejemplarizante que ofrece el proceso de codificación internacional en las tareas del legislador estatal<sup>310</sup>;

<sup>310</sup> Manifestado de manera notoria a propósito de la última reforma del Derecho internacional privado italiano. *Vid.* G. Broggin, «L'influenza del modello convenzionale nella formulazione di norme comunità diritto internazionale privato e processuale», *Convenzioni internazionali e legge di riforma*

resulta innegable que los trabajos preparatorios y los debates que ponen en marcha un convenio internacional son de obligada referencia respecto de la labor a realizar por el legislador interno.

126. El sistema conflictual español se caracteriza por una extraordinaria dispersión, que no sólo abarca a la sede legal, sino al momento de la reglamentación y a la técnica normativa utilizada. Sin pretender realizar una relación exhaustiva cabe referirse, al margen de los referidos preceptos del Título Preliminar del Código civil y del art. 15 Ccom (parcialmente derogado), a una serie de soluciones conflictuales que se contienen en las leyes especiales de Derecho mercantil y que pese a todas las tendencias unificadoras que experimenta este ordenamiento y pese a las apuntadas críticas, siguen proliferando.

Junto a las soluciones en materia de títulos valores a las que nos hemos referido, otro ejemplo es el de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, que fue objeto de la adición de un Título IV que precisamente responde a la denominación «Normas de Derecho internacional privado» (arts. 107 a 109); dicha adición, operada por el art. 3.6.º de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre de 1990 para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de servicios privados<sup>311</sup>. Asimismo, en el ámbito de las obligaciones contractuales existen soluciones específicas de Derecho internacional privado en la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios (arts. 1, 2, 10.3.º, 10 bis y disp. adic. 1.ª) y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (arts. 1 a 4). El mecanismo propio del Derecho internacional privado también domina en el sector de los derechos reales y de los bienes inmateriales como ponen de relieve la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (arts. 2, 6, 10, 25, 29, 52, 61, 116, 145, 155 y 157)<sup>312</sup>; en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (arts. 2, 3, 5, 6, 9, 10, 14, 34, 36, 39, 48 y 79-87). Y por lo que a la ordenación del mercado se refiere también existen soluciones de este ordenamiento en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (arts. 1 a 3, 6 a 8, 13, 14 y 16), 17; y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (art. 4<sup>313</sup>). Por último y también dentro de la rúbrica «Derecho internacional privado» figuran los arts. 60 a 63 de la Ley 36/1988, de arbitraje.

---

*del diritto internazionale privato. Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 162-194. Con carácter general Vid. K. Siehr, «The Impact of international Conventions on National Codifications of Private International Law», *E pluribus unum. Liber amicorum G.A. Droz*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 405-413.

<sup>311</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, V. Fuentes Camacho y A. Crespo Hernandez «Título IV: Normas de Derecho internacional privado», *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (F. Sánchez Calero, dir.), Madrid, Aranzadi, 1999, pp. 1.903-1.953.

<sup>312</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *El Derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*, Granada, Comares, 1998; J. Massaguer Fuentes, *Los efectos de la patente en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 1989.

<sup>313</sup> Vid. M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el marco del Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Cívitas, 1993.

Bien entendido que la Ley Especial de DIPr, si bien es aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, en el proceso general de reforma de los sistemas europeos de Derecho internacional privado no es la panacea que resuelva todos los problemas del tráfico jurídico externo en el sistema español. Sin duda la propuesta formulada por J.D. González Campos en 2000 de una «Ley general de Derecho internacional privado» para España es sumamente seductora, como sugestivas son la estructura y sistemática que ofrece; sistemática que por razones obvias descansa en una dimensión fundamentalmente civilista con el tratamiento conjunto de las cuestiones de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable<sup>314</sup>.

No obstante, para el estricto campo de las transacciones mercantiles internacionales, existen otros procedimientos de reforma global de un sistema de DIPr que le dote de la necesaria coherencia interna. El modelo alemán es algo a tener en cuenta en un futuro inmediato. Además, el movimiento codificador comparado que se está desarrollando recientemente pone en evidencia la necesidad de coordinar las normas de origen internacional y de fuente interna. Y uno de los obstáculos que se suelen esgrimir en contra de esta posibilidad son las dificultades para el operador jurídico a la hora de aplicar las normas cuando, como en el caso español, existen numerosos convenios internacionales que, además suelen poseer un carácter universal a partir de la inclusión de cláusulas *erga omnes*. Mas frente a estos inconvenientes también el panorama comparado muestra las posibilidades de una coordinación eficaz entre las normas internacionales y las normas internas a través de métodos tales como la «incorporación» por referencia que han sido utilizadas por los legisladores suizo e italiano o la técnica de la copia del texto del tratado en una norma autónoma (*kopiermethode*) que ha sido utilizada por el legislador alemán. De esto nos ocuparemos a continuación.

#### D) PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS CLÁUSULAS DE REMISIÓN A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

127. Una de las notas dominantes del vigente régimen convencional consiste en la posibilidad de que el tratado de DIPr ofrezca una vocación de aplicación universal o *erga omnes*. En estos supuestos la solución convencional desplaza a la interna incluso respecto de Estados no signatarios del Convenio, y sin que deba mediar condición alguna de reciprocidad. Debe valorarse el alcance de la modificación operada por el tratado pues en el supuesto de un Convenio «cerrado» o de ámbito territorial restringido, la modificación del DIPr autónomo sólo tendrá un alcance parcial; mientras que, en el caso de un convenio abierto, o de alcance universal, su incorporación en el orden interno producirá una modificación de carácter general de la norma de DIPr.

Es bien conocido que una cláusula de este tipo se incluye en Convenios de distinto alcance, como es el caso de la opción española respecto al art. I.3.º del

---

<sup>314</sup> J.D. González Campos, «La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate», *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 351-369, esp. pp. 366-367.

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. La primera nota relevante es que el Convenio posee para nuestro país un carácter universal en el sentido de que se aplica a las sentencias arbitrales procedentes de «todos» los países con independencia de que éstos sean o no, a su vez, partes del Convenio. Ciertamente, y con el objeto de asegurar el mayor número de Estados Parte, el art. I.3.º establece que «todo Estado podrá, basándose en reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente»; no obstante, los cauces previstos para tal declaración eran el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión del Convenio (art. X.1.º) y al no haberla realizado nuestro país, aceptó la aplicación con carácter *erga omnes* del Convenio. En definitiva, que resulta irrelevante a los efectos de la aplicación del Convenio, que el país del demandante o el país donde se haya pronunciado el laudo no sean partes del mismo.

128. En la práctica comparada se observa una fuerte interacción entre fuentes internacionales e internas a través de las técnicas de incorporación unilateral de reglamentaciones convencionales, particularmente de convenios *erga omnes*, por parte de la normativa interna. Se trata de una técnica muy utilizada en el sector del Derecho de los tratados, pese a no estar regulada en el Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados, consistente aquí en «una sustitución de la regulación material por una remisión global a la regulación contenida en otro convenio internacional»<sup>315</sup>; y que debe distinguirse de la mera incorporación de conceptos contenidos en otro Convenio internacional o de las denominadas «técnicas de bilateralización a partir de un convenio multilateral»<sup>316</sup>. Asimismo, la incorporación por referencia preside las cláusulas negociales en determinadas modalidades de contratación internacional con el objeto de someter el contrato al Derecho de un país determinado, a usos y prácticas internacionales e, incluso, a un Convenio internacional del que no son parte los Estados implicados en el contrato<sup>317</sup>.

La incorporación puede efectuarse «por referencia» en el texto de la ley al texto que se quiere asumir, como si se tratase de normas de origen exclusivamente interno<sup>318</sup>. Mas existe otra alternativa, denominada «incorporación mate-

<sup>315</sup> Cf. M. P. Andrés Sáenz de Santa María, «La incorporación por referencia en el Derecho de los tratados», *REDI*, vol. XXXVII, 1985, p. 38.

<sup>316</sup> Con carácter general *Vid.* P. Jenard, «Une technique originale. La bilatéralisation de conventions bilatérales», *Rev. belge dr. int.*, 1966, pp. 386-395.

<sup>317</sup> *Vid.* M. Virgós Soriano, en J.D. González Campos, *DIPr. Parte especial*, 5.ª ed. rev., Madrid, Eurolex, 1993, pp. 206-208.

<sup>318</sup> Es una técnica que por el momento no ha utilizado el legislador español en lo que concierne al DIPr, pero que es muy frecuente en otros círculos jurídicos. Así, la Ley federal suiza sobre DIPr de 1987, junto a la cláusula general del art. 1.2.º, el art. 49 incorpora el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 1973, y el art. 134 hace lo propio con el Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 1971 (*Vid.* A. Bucher, «La LDIP et les Conventions internationales», *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 265-278).

rial», que consiste en transcribir íntegramente el texto internacional en el texto legal interno en cuestión<sup>319</sup>. Estamos ante una técnica legislativa que, como se ha indicado, conduce inexorablemente a la unificación del DIPr, y permite adoptar las soluciones especializadas de textos internacionales, con independencia de si están en vigor, sin que por ello el Estado quede obligado internacionalmente. No obstante, su eficacia aún no ha sido probada y ofrece serias reticencias doctrinales a pesar de su aparente bondad.

---

<sup>319</sup> Es la opción seguida por el legislador alemán en la Ley de DIPr de 1986. *Vid.* desde la perspectiva doctrinal, Matscher/Siehr/Delbrück, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen -Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption*, Heidelberg, 1986.